نهاية المقال
في تكملة غاية الآمال

تأليف

سماحة آية الله العظمى

العلامة الشيخ عبد الله المامقاني

قدس سره الشريف

منشورات

مجمع الذخائر الإسلامية

قم - ايران

بسم الله الرحمن الرحیم

نهایه المقال فی تکمله غایه الامال

کاتب:

ملا عبد اللّه بن محمد حسن مامقانی

نشرت فی الطباعة:

مجمع الذخائر الاسلامیه

رقمی الناشر:

مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

الفهرس

نهایه المقال فی تکمله غایه الامال

اشارهٔ

نام کتاب: نهایـهٔ المقال فی تکملـهٔ غایـهٔ الآمال موضوع: فقه اسـتدلالی نویسـنده: مامقانی، ملا عبـد اللّه بن محمـد حسن تاریخ وفات مؤلف: ۱۳۵۱ ه ق زبان: عربی تعداد جلد: ۱ ناشر: مجمع الذخائر الإسلامیهٔ تاریخ نشر: ۱۳۵۰ ه ق نوبت چاپ: اول مکان چاپ: قم- ایران

ص: ۱

[مقدمهٔ المؤلف]

ص: ۲

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیمِ و به ثقتی

الحمد للّه الّذی لا تحصـی نعمه و لا تعدّ مواهبه و الصلاة و السّلام علی أشرف رسله و أکرم بریّته و علی الأطهار المعصومین من أهل بیته سیّما ابن عمّه و صـهره و خلیفته و الرّحمـة و الرّضوان علی حملـة شـرعه و حافظی طریقته و بعد فیقول المفتقر إلی اللّه الغنی عبد اللّه المامقانی عفی عنه ربّه ابن الشّـیخ مدّ ظلّه انّی بعد ما حررت مبحث الخیارات من منتهی المقاصد مسـتوفی سـنة ألف و ثلاثمائة و ستّ عشـرة التمس سـنة ألف و ثلثمائـة و اثنتین و عشـرین بعض علماء بلدة خراسان أیّام اقامتنا بها للزّیارة حضـرة الشّـیخ الوالد العلّامة أدام اللّه ظلالـه و جعلنی فـدائه إتمـام غایـة الآمـال و تحریر الخیارات علی نسق تعلیقه علی مکاسب الشـیخ المحقّق العلّامـة الأنصاری الذی یقصّـِر عن وصفه الألسن و الأقلام أنار اللّه برهانه و أعلی فی الرّوضات مقرّه و مقامه و بیعه فاعتذر روحی فداه بکثرة المشاغل و وفور الشواغل و أجاب التماسـهم بتشـریفه إیّای بالأمر الأکید علی تحریر تعلیق علی مصـنّف الشّـیخ المعظم له فی الخیارات علی نمط مکاسب غایة الآمال و بیعه فامتثلت بعد الرّجوع من تلک السّفرة امره المطاع و أتیت بالمیسور معتذرا به عن المعسور مسمّیا إیّاه بنهایة المقال فی تکملة غایة الآمال مستمدّا من الملک المتعال انّه ولی ذلک و القادر علیه

[المقدمة الأولی فی معنی الخیار]

قال الشیخ المصنّف قدّس اللّه تربته الزکیّة الخیار لغة اسم مصدر من الاختیار

اللام فی الخیار للعهـد الـذکری حیث قال قبل ذلک القول فی الخیار (- اه-) مریدا باللّام هناک الجنس و المراد هنا لفظ الخیار ثمّ انّ کون الخیار لغة اسم مصدر من الاختیار ممّا صـرّح به جمع من أهل اللغة قال فی الصّحاح الخیار الاسم من الاختیار انتهی و مثله ما فی القاموس و التّاج و اللّسان و غیرها و قال فی النّهایة الأثیریّة و فیه ای فی الحدیث البیعان بالخیار ما لم یتفرّقا الخیار الاسم من الاختیار و هو طلب خیر من الأمرین امّا إمضاء البیع أو فسـخه (- اه-) و لکن ربّما یظهر من الفیومی فی المصباح المنیر خلاف ذلک حیث قال و الخیرة اسم من الاختیار مثل الفدیـة من الافتداء و الخیرة بفتح الیاء من الخیار و الخیار هو الاختیار و منه یقال له خیار الرّؤیة و یقال هو اسم من تخیّرت الشّـیء مثـل الطّیرة من تطیّر و یؤیّـده قول الأصـمعی الخیرة بالفتـح و الإسـکان و لیس بالمختـار انتهی المهمّ ممّـا فی المصباح و وجه المخالفة انّه جعل الخیار و الاختیار شیئا واحدا و جعل الاسم منهما الخیرة ثمّ أکد ذلک بمقابلة ما ذکره بقول من قال انّ الخیار اسم من تخیّرت الشّـیء و أقول انّ المصرّحین بکونه اسم مصدر و إن کانوا جمعا کثیرین الّا انّ ما ذکره النّحاة فی الفرق بین المصـدر و اسم المصـدر یؤیّـد مقالـة الفیومی أعنی کونه مصـدرا و ذلـک لأـنّهم ذکروا انّ اسم المصـدر هو الـدّال علی الحاصل من المصـدر کالغسل حیث انّه الحاصل من الاغتسال فکان لفظ الاغتسال مصدرا و الغسل اسم مصدر و ذکروا أیضا انّ المصدر هو اللّفظ الّـذی تجاوز فعله ثلثـة أحرف و هو بزنـة اسم حدث الثّلاثی کغسل و وضوء بضمّ أوّلهما فی قولک اغتسل غسـلا و توضّأ و ضوءا فانّ الغسل بزنـة القرب و الوضوء بزنـة الـدّخول فی قولک قرب قربا و دخل دخولا و من البیّن عدم وفاء شـیء من الضّابطتین یکون الخیار اسم مصـدر امّا الأوّل فلانّ معنی الخیار لیس حاصـلا من الاختیار بل الاختیار فرع الخیار الّذی هو عبارة عن السّـلطنة علی الفسخ و امّا الثـانی فلانّ الخیار لیس علی زنـة اسم الحـدث الثّلاثی بل هو علی زنـة اسم الحـدث المزیـد اعنی الضّـرب الّـذی هو من مصادر باب المفاعلة فبان من ذلک کلّه انّ مقتضی القاعدة کون الخیار مصدرا لاسم مصدر و ان صرّح جمع بکونه اسم مصدر فتأمّل

قوله طاب ثراه و غلّب فی کلمات جماعة من المتأخّرین فی ملک فسخ العقد

ظاهر العبارة وقوع النّقل فی لفظ الخیار و قـد صـرّح بهـذا المعنی فقیه آل یس (- قدّه-) حیث قال و شـرعا حقیقة شـرعیّة أو متشـرعیة ملـک إقرار العقـد اللّـازم و ازالته بعـد وقوعه (- اه-) و أنت خبیر بـان دون إثبـات النّقل فی ذلک خرط القتاد بل الخیار لغـة و عرفا و شرعا بمعنی الاختیار و التخیّر غایة ما هناک اختلافه باختلاف متعلّقاته فالخیار فی العقود عبارة عن التخیّر بین فسـخها و إمضائها و فی

غيرها عن التخيّر بين طرفيه فاللّفظ فى كلّ من اللّغة و العرف و الشّرع بمعنى المشيّة فى ترجيح أحد الطّرفين الجائزين لا انّ معناه لغة ذلك و شرعا غير ذلك و لا- أقل من الشك فى ثبوت النّقل و أصالة عدمه من الأصول المحكمة فى أمثال المقام و العجب من بعضهم حيث سلّم النقل و قال انّه ليس من النّقل الى المباين لانّ معناه اللّغوى ملك مطلق الأمر الأعمّ من فسخ العقد و غيره

قوله طاب ثراه على ما فسّره به فى موضع من الإيضاح

ص: ٣

لا يخفى عليك ما فى العبارة من المناقشة من حيث انّ تفسير الفخر للخيار بملك فسخ العقد غير قابل لان يكون علة لنسبة التّغليب إلى الجماعة و انّما كان يصحّ ان لو كان الفخر مفسّرا للخيار بعنوان بيان مصطلح المتأخّرين و عبارته خالية عن ذلك و انّما الموجود فيه (الإيضاح) بعد تعليل امتداد الخيار للوارث بامتداد المجلس الّذى مات فيه احد المتبايعين بأنّه مجلس ثبت فيه التخيير بين الفسخ و الإمضاء تخيّر المجلس و كلّ مجلس ثبت فيه التخيير تخيّر المجلس يمتدّ بامتداده و انّما يزول بمفارقته أو إسقاطه هو قوله و انّما قلنا التخيير و لم نقل الخيار لانّ الخيار ملك الفسخ و هو يحصل للوارث بالموت فهو قبل المجلس المذكور و امّا التخيير بين الفسخ و الإمضاء فمشروط بالعلم و الاستحالة تخيير الغافل انتهى فإنه ظاهره فى تفسيره الخيار باجتهاده من دون ان يبيّن مراد الفقهاء (- رض-) و قد كان حقّ التّعبير ان يقول الماتن (- ره-) و غلب فى كلمات جماعة من المتأخّرين منها الإيضاح فى ملك فسخ العقد

قوله طاب ثراه فيدخل ملك الفسخ فى العقود الجائزة و فى عقد الفضولى و ملك الوارث ردّ العقد على ما زاد عن الثلث و ملك العمّة و الخالة لفسخ العقد على بنت الأخ أو الأخت و ملك الأمة المزوّجة من عبد فسخ العقد إذا أعتقت و ملك كلّ من الزّوجين للفسخ بالعيوب

غرضه بذلك الاعتراض على الجماعة بعدم كون تعريفهم مانعا و ربما أجاب عن ذلك فقيه آل يس بانّ المتبادر من العقد ما يقع مؤثّرا لأثره المقرّر له شرعا فلا يندرج فيه ما عدى الأخيرين بناء على توقّف ترتّب أثرها على على إمضاء من له الإمضاء كما انّ المتبادر من الملك فى لسانهم ما يكون حصوله ناشئا عن سبب خاصّ مملك للفسخ شرعا فلا يندرج ما قبل الأخير لاستناده فيه إلى عدم ذلك السبب لا إلى وجوده و امّا ملك كلّ من الزّوجين للفسخ بالعيوب فلا ضير فى دخوله و ان لم يكن ممّا يورث بعد ان يكون قابلا للإسقاط بناء عليه، لانّ ذلك كاف فى اندراجه فى حقيقة الملك هذا كلامه علا مقامه و أنت خبير بان ما ذكره من التّبادر لو تمَّ لاقتضى عدم اندراج ما عدى الأوّل و الأخيرين لا الأخيرين فقط لانّ العقد الجائز أيضا يقع مؤثّرا لأثره المقرّر له شرعا فإن كان لا بدّ من دعوى التّبادر فليقرّر بانّ المتبادر من العقد المضاف اليه الفسخ هو العقد الّذى مقتضاه بالذّات هو اللّزوم لو لا المانع و ما عدى الأخيرين غير مقتض للّزوم لأنّها بالذّات (- كك-) لكن الإنصاف سقوط دعويى التّبادر جميعا و الحقّ فى الجواب انّ دخول ما ذكره من موارد ملك الفسخ انّما يقدح إذا قلنا بوقوع النّقل و انّ غرض المفسّر للخيار بملك فسخ العقد انّما هو بيان المعنى المنقول اليه و ليس (- كك-) لما مرّ من إنكارنا النقل من أصله

قوله طاب ثراه و لعلّ التّعبير بالملك (- اه-)

لا يخفى عليك ابتناء ما ذكره من كون التّعبير بالملك لبيان كون الخيارات للمعنونة من باب الحقوق لا الاحكام على كون المراد بالملك فى عبارة الإيضاح هو المعنى المصطلح عليه المستلزم لجواز النّقل إلى الغير و الإرث و نحو ذلك و ليس (- كك-) قطعا بل المراد به انّما هو المعنى اللّغوى و هو التسلّط فمعنى قولهم الخيار ملك فسخ العقد هو انّ الخيار هو التسلّط على فسخ العقد و امّا التخير بين الإجازة و الرّد فى الفضولى و التسلّط على الفسخ فى العقود الجائزة فمندرجان فى التّفسير غاية ما هناك عدم تعرّضهم لذلك هنا بل فى محلّ يليق بكلّ منهما و كون قسم من المشيّة فى ترجيح احد الطّرفين على الأخر من قبيل الحقوق و قسم أخر من قبيل الأحكام ممّا لا مدخل له فى صدق التخيّر لغة و عرفا عليه كما لا يخفى بقى هنا شىء ينبغى التّنبيه عليه و هو انّ الخيار على ما عرفت عبارة عن السّلطنة على فسخ العقد و نقضه و قد ذكر بعضهم انّ السلطنة على الفسخ ليست بخيار نفسه بل هى من اثاره و احكامه و انّ الخيار حقّ خاصّ و اضافة مخصوصة بين العقد و الأشخاص يستتبع اثارا منها السّلطنة على الفسخ ثمَّ فرق بين الخيار و السّلطنة بأنّ الخيار من الحقوق يورث و يسقط بالإسقاط و السّلطنة كسائر الأحكام لا تورث و لا تسقط بالإسقاط ثمَّ استشهد على تغايرهما بأنّه قد لا يكون لذى الخيار سلطنة على الفسخ لحجره و قد يكون لغير ذى الخيار سلطنة كما فى المستقبل بعد اقالة المقيل فانّ له الفسخ بناء على انّ الإقالة فسخ فاذا تبيّن انفكاك كلّ منهما من الأخر ظهر تغايرهما أقول انّ ما ذكره ممّا لا معنى له بل الخيار

هو السّلطنة على الفسخ و تفسير الخيار بالإضافة المخصوصة بين العقد و الأشخاص لا يوجب مغايرة الخيار للسلطنة على الفسخ و دعوى كون الخيار من الحقوق و السلطنة من الأحكام كما ترى فإنّ السّلطنة على الفسخ أيضا إضافة مخصوصة بين العقد و الأشخاص و كما انّه يورث الخيار و يسقط بالإسقاط فكذا السّلطنة على الفسخ تورث و تسقط بالإسقاط و امّا ما استشهد به على مغايرتهما من انفكاكهما ففيه انّ المحجور عليه له كلّ من الخيار و السّلطنة على الفسخ شأنا و كونه محجورا عليه مانع من فعليّة تأثيرهما و بعبارة أخرى كما انّ مقتضى الخيار فيه موجود و انّما يمنع من تأثير المقتضى مانع و هو كونه محجورا عليه فكذا له مقتضى السّلطنة و يمنع من تأثيرها ذلك المانع لانّ مقتضى الخيار موجود مع المانع دون مقتضى السّلطنة فإنّ مقتضى كلّ من الخيار و السّلطنة انّما هو العقد مع بقاء المجلس أو كون المبيع حيوانا أو نحو ذلك و الفرض وجوده و كونه محجورا عليه مانع من تأثيره بالنّسبة إلى كلّ منهما و امّا تصوير السّلطنة بالنّسبة إلى المستقبل دون الخيار فان قلنا بعدم ثبوت نقل فى لفظ الخيار و انّه باق على معناه اللّغوى و هو المشيّة فى ترجيح احد الطرفين كما هو الحقّ لصدق الخيار على سلطنة المستقيل بعد اقالة المقيل على الفسخ أيضا و ان قلنا بثبوت اصطلاح فيه و عدم إطلاقه على غير الخيارات المصطلحة لقلنا انّ غاية ما هناك أعميّة السّلطنة من الخيار و ذلك غير ما يرومه ذلك البعض من تغايرهما ذاتا فتدبّر جيّدا

قوله طاب ثراه من الحقوق لا من الأحكام

قد كثر الكلام من المحقّقين فى الفرق بين الحقّ و الحكم و لكنّهم لم يأتوا بضابط حاسم لمادّة الإشكال يرجع إليه فى تشخيص الصّغريات و لذا اشتبه الأمر فى جملة من الموارد و ليس ذلك لقصور فيهم شكر الله تعالى مساعيهم بل هو لقصور المبحوث عنه حيث انّ الاصطلاحين غير مأخوذين من الشّرع و لا جعل شيء منهما موضوعا لحكم فى الكتاب و السّنة و انّما هما اصطلاحان جريا على السّنة المتأخرين و لذا لا حاجة لنا إلى تطويل المقال بنقل تمام ما قيل أو يقال و انّما نقتصر فى ذلك على الإجمال فنقول لا ريب فى انّ الحقّ و الحكم كلاهما مجعولان للشّارع الّا انّ الحقّ مرتبة ضعيفة من الملك لوحظ فى جعله الشّخص بحيث لا قوام له بدونه و الحكم لم يلحظ فى جعله الشّخص و لذا انّ الأوّل يورث و يسقط بالإسقاط دون الثّانى و حيث انّه قد لوحظ الشخص فى جعل الحقّ كان أثر الملاحظة جعل ربط بينه و بين الشّخص كالحبل الممدود بينهما فالحبل بيد الشّخص و متى فكّه من يده فامّا ان يكون على سبيل الأعراض و الإسقاط و امّا ان يكون على سبيل إعطاء الزمام بيد الغير فعلى الأوّل يزول الحقّ لفقد من يقوم به و يستحقّه و على الثانى ينتقل إلى الغير و متى مات ذو الحقّ قام وارثه مقامه و هذا بخلاف الحكم فإنّه لم يلاحظ الشّخص و لم يجعل الرّبط بينه و بينه حتّى يكون زمامه بيده يسقط بإسقاطه و ينتقل إلى الغير

ص: ۴

بنقله و إلى الوارث بموته فمثل حقّ الخيار و حقّ الشّفعة و نحوهما قد لوحظ الربط بينه و بين الشخص فإذا أسقطه سقط و إذا نقل إلى الغير انتقل و متى مات انتقل الى وارثه و هذا بخلاف حلّ الخبز و حرمة الخمر و كراهة الجبن و استحباب الهندباء و أمثال ذلك فإنّه لم يلحظ الربط فى جعل تلك الأحكام بينها و بين الشخص و ان كان توجّه الخطاب بها إلى المكلّفين ثمّ انّ السّقوط بالإسقاط و القابليّة للانتقال إلى الغير بالنّقل و إلى الوارث بالموت ليس من لوازم الحقّ دائما كما توهّم ضرورة انّه قد يكون الرّبط فى مقام الجعل ملحوظا بين الشخص و بين المجعول و مع ذلك لا يسقط بالإسقاط و لا ينتقل إلى الغير بالنّاقل و لا إلى الوارث بالموت امّا المانع هناك كما فى حقّ الاستمتاع أو لقوّة الرّبط و العلقة كحقّ الرّبوبية و المولويّة و الأبوة بل مطلق أقسام الولايات فليس كلّ حقّ موروثا و ساقطا بالإسقاط و منتقلا بالنّقل و لا كلّ ما لا ينقل و لا يسقط و لا يورث حكما فتلخّص من ذلك عدم ضابط هناك و لا دليل على شيء من الكلّيتين فلا بدّ فى كلّ مورد من متابعة الدّليل و اللّه الهادى إلى سواء السّبيل

قوله طاب ثراه و قد يعرّف بأنه ملك إقرار العقد و ازالته

هذا التعريف قد صدر من عدّة من الأواخر و أبدل كاشف الظّلام الملك بالتسلّط و الظّاهر ان المراد واحد و زاد بعضهم التقييد بمدّة معلومة فقال و شرعا ملك إقرار العقد و ازالته بعد وقوعه مدّة معلومة و قد صدر ذلك من فاضل التنقيح و شيخ (- لك-) و سيّد الرّياض أيضا و اعترض على ذلك كاشف الظلام بانّ التقييد بمدّة معلومة يقتضى الاختصاص بالمشروط فيه الخيار إلى أجل معلوم فيخرج مثل خيار العيب و يمكن المناقشة فيه بانّ خيار الحيوان له مدّة معلومة و كذا خيار المجلس حيث انّ زمان الخيار زمان بقاء المجلس فكذا خيار العيب و الغبن و التّأخير و الرؤية بناء على فوريّتها فانّ المدّة (- ح-) هو الزّمان الّذى يمكن الفسخ فيه و قصر الزّمان لا يخرج ذلك عن المعلوميّة فتأمّل حتى يظهر لك عدم صدق المدّة المعلومة حتّى على القول بالفوريّة مع انّ بعض الخيارات ليس فوريّا و أيضا فالتّعريف ينبغى ان يكون على المذاهب و قد قال بعدم فوريّة عدّة من الخيارات جمع فالاعتراض فى محلّه

قوله طاب ثراه و يمكن الخدشة فيه بأنّه ان أريد (- اه-)

فيه انّ التّصريح بكلا طرفى القدرة ممّا لا مانع منه أصلا سيّما بعد كون المراد ملك الأمرين جميعا بواسطة ملك التخيير بينهما لا كلّ واحد منهما بدون الواسطة حتّى يكون ذكر إقرار العقد مستدركا مع انّ كون القدرة و التسلّط على ازالة العقد عين التسلّط على ترك الفسخ على إطلاقه محلّ نظر بل منع فانّ من يجبره الحاكم على فسخ عقد لداع شرعى قادر على إزالة العقد و مسلّط عليه غير قادر على إبقائه على حاله إذ المراد هى القدرة الشرعيّة كما لا يخفى لا يقال انّ القدرة على الإزالة فى الفرض ممنوعة بل هو مجبور على الإزالة غير قادر لأنّا نقول القدرة هنا غير منافية للمجبوريّة لانّ المراد بالقدرة هنا هو الملك و التمكّن فيصحّ ان يقال انّه مالك للإزالة و متمكّن منها دون الإقرار و المأخوذ فى التعريف انّما هو الملك لا القدرة

قوله طاب ثراه و ان أريد منه إلزام العقد و جعله غير قابل لان يفسخ ففيه انّ مرجعه إلى إسقاط حق الخيار فلا يؤخذ فى تعريف نفس الخيار

فيه منع كون مجرّد رجوع إلزام العقد إلى إسقاط حق الخيار مانعا عن أخذ الأوّل فى تعريف الخيار لأنّ أوله انّما هو أوّل المسبّب إلى السبب و من الواضح إمكان أخذ أحدهما فى تعريف الأخر و كفاك فى ذلك تجويز العرف قولك الخيار هو التسلّط على إلزام العقد و فسخه و استقباحهم قولك الخيار هو التسلّط على إسقاط حقّ الخيار و إيجاد أثر العقد فإنّ الإلزام مسبّب و الإسقاط سبب و الفرق بينهما فى مثل الفرض فى غاية الوضوح

قوله طاب ثراه مع انّ ظاهر الإلزام (- اه-)

علّل هذا الظّهور والدى العلّامة أدام اللّه تعالى ظلاله بانّ انفساخ العقد من احد الطّرفين مع بقائه من الطّرف الأخر غير معقول فقرينة المقابلة تقضى بأنّ الإلزام أيضا يراد به المطلق هذا و لكن يمكن منع الظّهور بل الخيار هو التسلّط على كلّ من الإلزام و الفسخ فان

ثبت لأحدهما كان الإلزام من طرفه خاصّة و ان ثبت لهما كان الإلزام من الطّرفين و ذكر الإلزام فى مقابل الفسخ و إن كان يمكن كونه قرينة على إرادة الإلزام المطلق كما انّ المراد هو الفسخ المطلق الّا ان قرينة إرادة مطلق الإلزام أقوى و لو سلم فلا ضير فى دعوى كون الخيار المشترك داخلا حكما و ان خرج موضوعا فتأمّل جيّدا

قوله طاب ثراه ثمّ انّ ما ذكرنا من معنى الخيار (- اه-)

لا- يخفى عليك ما فى مراده بما ذكره من الاشتباه لانّه لم يعلم انّ مراده هو التّعريف الأوّل و الثّانى و ان كان الظّاهر انّ مراده به هو التعريف الأوّل بضميمة قوله و لعلّ التعبير بالملك (- اه-) و على كلّ حال فالتّبادر الّذى ادّعاه محلّ منع جدّا

قوله طاب ثراه و سلطنة الرّجوع فى الهبة (- اه-)

ممّا ورد فى الهبة ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن محمّد بن احمد بن يحيى عن إبراهيم عن عبد الرّحمن بن حماد عن إبراهيم بن عبد الحميد عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال أنت بالخيار فى الهبة ما دامت فى يدك فاذا خرجت إلى صاحبها فليس لك ان ترجع فيها الحديث أطلق الخيار على سلطنة الرّجوع فى الهبة و هو مؤيّد لما مرّ منّا من دعوى بقاء الخيار على ما معناه اللّغوى

[المقدمة الثانية فى أصالة اللزوم]

قوله طاب ثراه ذكر غير واحد تبعا للعلّامة فى كتبه انّ الأصل فى البيع اللّزوم

ظاهر العبارة كون تأسيس ذلك من العلّامة (- ره-) و انّه لم يسبقه فى ذلك احد من الفقهاء (- رض-) و هو (- كك-) ان أراد التّصريح بذلك و الّا فذلك ظاهر كلام جمع ممّن تقدّمه أيضا و الأمر سهل و فى مجمع الفائدة بعد نقل كلام (- كرّة-) انّه لعلّه يظهر عدم الخلاف فى انّ مقتضى البيع هو اللّزوم مستندا إلى الكتاب و السّنة انتهى

قوله طاب ثراه لانّ الشّارع (- اه-)

ظاهر العبارة صدور جعل من الشّارع فى البيع و هو كما ترى إذ لم يصدر منه الّا الإمضاء الّا ان يريد من وضعه تصرّفه بالإمضاء بعد إن كان أصل وضع البيع فيما بين النّاس على اللّزوم

قوله طاب ثراه و الغرض تمكين كلّ من المتعاقدين (- اه-)

هذا وجه ثان لأصالة اللّزوم و حاصله انّه لو لا- اللزوم لا- نتفى الغرض المقصود من إيقاع العقد و هو تمكن كلّ من المتعاقدين من التصرّف فيما انتقل اليه فاللزوم مقتضى وضعه عند العرف

قوله طاب ثراه احتمله فى (- مع صد-)

أقول قال فى (- مع صد-) فى شرح قول العلّامة (- ره-) فى عدّ الأصل فى البيع اللّزوم ما لفظه أى بناؤه على اللّزوم لا على الجواز و إن كان قد يعرض لبعض افراده الجواز و انّ الأرجح فيه ذلك نظرا إلى انّ أكثر أفراده على اللّزوم انتهى و ظاهره دعوى غلبة الأفراد و ربّما زاد على ذلك الفقيه المحقق الشّيخ على نجل الشّيخ الأجل الأكبر الشيخ جعفر (- قدّهما-) دعوى غلبة الأزمان حيث قال أو بمعنى الغالب فى البيع اللّزوم حيث يراد عموم الأزمان و الأفراد و لا- ينافى ذلك اقتضاء المصلحة لعروض الجواز عليه فى بعض الأزمان أو فى بعض المواطن كأسباب الخيار المشهورة أو فوات شرط معيّن أو وصف معيّن أو عروض الشّركة قبل القبض أو تبعّض الصّفقة و نحو ذلك أو عروض الفسخ بالإقالة أو الانفساخ بالتّلف قبل القبض و التّحالف عند التخالف فى تعيين المبيع أو الثّمن فى وجه إلى غير ذلك انتهى و ربّما احتمل فقيه آل يس (- قدّه-) عدم كون مراد المحقّق الثّانى (- قدّه-) بعبارة نسبه اليه المصنف (- رض-) و كون مراده انّ ظاهر صيغ العقود و الإيقاعات لغة و عرفا كون المنشأ بها مأخوذا فيها على جهة اللّزوم الّذى ينافيه

ص: ۵

الفسخ من دون الرّضا امّا لكونها موضوعة أو لاقتضاء الإطلاق ذلك فيكون أدلّة مشروعيّتها كافية فى إثباته بناء على عدم ثقلها شرعا إلى ما يغاير معانيها عرفا فتأمّل

قوله طاب ثراه و فيه انّه ان أراد غلبة الأفراد فغالبها ينعقد جائزا لأجل خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط

أقول فيه انّه لا وجه لهذا التّرديد بعد ظهور كلامه بل صراحته فى إرادته غلبة الأفراد و (- ح-) فيكون الإيراد متّجها و يمكن الإيراد على المحقّق الثّانى بوجه أخر هو انّه بعد تسليم الغلبة فى كلّ من الأفراد و الأزمان فلا دليل على حجّيتها كى تكون مستندا للأصل و الأصل حرمة العمل بالظنّ ثمَّ انّ ما ذكره الماتن (- رض-) من الإيراد قد صدر ممّن قبله أيضا على ما حكاه الشّهيد (- ره-) فى محكى حواشيه حيث قال أورد هنا سؤال و هو انّ البيع لا ينفك عن خيار المجلس فيثبت فيه الخيار فيكون الأصل فى البيع ثبوت الخيار لا اللّزوم ثمَّ قال و الجواب انّه ان أريد بالمجلس مجلس القرار معناه لجواز تجرّده فى نحو المتعاقدين سائرين و ان أريد به مطلق المجلس حملناه على مجلس القرار انتهى ما عن الحواشي و هذا الجواب الّذى ذكره لا ربط له بالسّؤال لأنّ غرض السّائل القدح فى الأصل بأنّ الغالب ثبوت الخيار لا اللّزوم فالجواب بما ذكره لا يرفع ذلك و اعترض عليه فى مفتاح الكرامة بأنّ المتعاقدين سائرين فى حكم المتعاقدين مستقرّين ما لم يتقدّم أحدهما على الأخر بخطوة ثمَّ قال الّا ان يكون أراد بالسّائرين السّائرين متعاكسين انتهى و بالجملة فلا ربط لشيء من ذلك لما ذكره المورد إذ المورد لا ينكر اللّزوم مطلقا حتّى يجاب بسقوط الخيار بانتفاء سببه كالتفرّق و نحوه و انّما يقول ان الغالب وقوع البيع مقرونا بخيار من الخيارات فما معنى قولكم انّ الأصل فى البيع اللّزوم و على هذا فالجواب بجواز تجرّد العقد عن الخيار فى بعض الأحيان كما فى المتعاقدين سائرين لا وقع له لعدم منافاة البعض للغلبة و بالجملة فالجواب عن السّؤال بناء على دعوى غلبة اللّزوم فى البيع ممّا لا يتم فالأولى فى الجواب ان يقال انّا انّما ندعى كون الأصل اللّزوم من باب دلالة الدّليل عليه فلا يقدح ثبوت الخيار فى جملة من المواضع بدليل خاصّ مخصّص بدليل كون الأصل فى البيع اللّزوم و لعلّه إلى ذلك يرجع ما أجاب به الفقيه الغروى (- ره-) بقوله فى شرحه على خيارات اللّمعة انّ طروّ الجواز عليه فى بعض الأحيان لا ينافى كون مشروعيّة على اللّزوم و الافتراق فى الحقيقة رافع للمانع لا جزء من المقتضى و المقتضى للزوم العقد بمقتضى ذاته الا ترى انّه لو اشترط سقوطه و بقى العقد بمقتضى ذاته سليما عن المعارض قضى باللّزوم على انّه لو لم ينفكّ البيع عن خيار المجلس لربّما أمكن القول بذلك و من المعلوم انفكاكه فى عدّة مواضع كما إذا اشترط سقوطه أو اشترى من ينعتق عليه أو اشترى ليرث أو أسلم عبده الذّمى و بيع عليه أو قهر الحربى قريبه و باعه أو اشترى العبد نفسه ان جوزناه و كما فى ذى الحقوين أو عقد الواحد عن اثنين عند بعض إلى غير ذلك انتهى فتدبّر

قوله طاب ثراه و ان أراد غلبة الأزمان فهى فى الأفراد المشكوكة (- اه-)

ناقش فيه بعضهم بإمكان دعوى انّه إذا شكّ فى لزوم فرد من البيع و جوازه فلا محالة يكون الشك فى جوازه فى زمان خاصّ فيلحق بالغالب من حيث الأزمان فينفع فى الأفراد أيضا غاية الأمر جريان الحكم فى الأفراد بسبب ملازمتها للازمان و ذلك غير ضائر

قوله طاب ثراه مع انّه لا يناسب ما فى القواعد من قوله و انّما يخرج من الأصل لأمرين ثبوت خيار أو ظهور عيب

وجه عدم المناسبة على ما نبّه عليه الشّيخ الوالد العلامة جعلنى الله تعالى فدائه هو انّ الخيار يثبت من أوّل وقوع العقد لا فى الأزمنة المتأخرة حتى يكون ثبوته فى شيء منها خروجا عن الغلبة بحسب الأزمان

قوله طاب ثراه القاعدة المستفادة من العمومات (- اه-)

هذا التّقرير هو الظّاهر من المحقق الأردبيلى (- ره-) و جماعة و يأتى الكلام فى العمومات عند تعرّض الماتن (- ره-) لها فيما يأتى فى مقام استعلام موارد جريان هذا الأصل (- إن شاء الله-)

قوله طاب ثراه و هذا حسن لكنّه لا يناسب ما ذكره فى كرّة فى توجيه الأصل

وجه حسنه متانته و وجود العمومات الدالّة عليه الّتى هى حجج شرعيّة و ليست مثل الغلبة حتى يناقش فيها أو مثل الاستصحاب حتّى يناقش بعدم كون الأصل المذكور (- ح-) أصلا برأسه و وجه عدم مناسبته لما فى (- كرة-) انّه جعل فى كرّة مستند الأصل الاستصحاب دون العمومات

قوله طاب ثراه الاستصحاب

أقول هذا هو الّذى سمعت من كرّة التّصريح به و تقريره انّ مقتضى اخبار عدم جواز نقض اليقين الّا بيقين مثله هو بقاء اثر السّبب المعلوم حصوله عند حصول سببه الشّرعى و مصاحبة خيار المجلس فى البيع مثلا- أو غيره من وجوه الخيارات لا ينافى استصحاب اللزوم الذى يقتضيه السّبب بذاته لو لا المانع من تحقّقه فعلا و لا نريد باللّزوم الّا عدم إمكان التسلّط شرعا على الفسخ من حيث نفس السّبب لا مطلقا و قال الشّيخ الفقيه الغروى (- قده-) فى تقرير الاستصحاب انّ الأصل دوام ما كان سواء قلنا ببقاء الأكوان و احتياجها إلى المؤثّر أو قلنا بعدمه و عدم احتياجها استنادا إلى العرف و الشّرع فكلّما صدر من عبادة أو عقد أو إيقاع أو حكم يحكم ببقاء حكمه حتّى يثبت المزيل له و الخيار مبنى على رفع البقاء على بعض الوجوه فما يقال من انّ الخيار هو القدرة على الفسخ و لا ملازمة بينه و بين الفسخ الفعلى و المضاد للاستصحاب انّما هو الثّانى لا الأوّل لا وجه له لانتفاء الأول بانتفاء الثّانى حيث ينفى شرعا فتأمّل انتهى و وجه الأمر بالتأمّل ظاهر ضرورة انّ انتفاء الفسخ الفعلى شرعا ممّا لا يعقل له معنى الّا نفى الشّارع القدرة على الفسخ و (- ح-) فعدّ عدم القدرة على الفسخ و نفى الشارع من الفسخ الفعلى شيئين متلازمين ممّا لا معنى له بل هما شيء واحد ثمَّ انّه لا يخفى عليك انّ الاستصحاب بالتقريب المذكور انّما يتمّ بناء على حجية الاستصحاب عند الشك فى المقتضى أيضا و امّا على القول بعدم حجيّة إلّا عند الشك فى المانع بعد إحراز المقتضى فلا ضرورة عدم العلم باقتضاء العقد اللّزوم لو لا المانع و بعبارة أخرى نعلم انّ العقد أوجب انتقال كلّ من العوضين إلى غير صاحبه الأوّل و لكن لا نعلم مقدار استعداد ذلك للبقاء و انّه هل يبقى بعد عروض فسخ أحدهما أم لا لكن الإنصاف كون الاستصحاب هنا فى رافعيّة الفسخ من أحدهما بعد إحراز استعداد الانتقال للبقاء لو لا المانع فالشك هنا فى رافعيّة الشّيء الموجود مع انّه لو كان من الشك فى المقتضى كان حجّة عندنا لإطلاق الأخبار لا تنقض المؤيّد بخصوص خبر القاسانى الّذى مورده من الشك فى المقتضى قطعا و امّا إشكال وقوع العقد جائزا بسبب المجلس فيستصحب الجواز و قد سمعت الجواب عنه و يأتى من المصنّف (- ره-) الإشارة إلى جوابه أيضا و ان شئت قلت انا ثبت اللّزوم بالاستصحاب حيث لا مجلس و لا سبب غيره من أسباب الخيار و نجرى اللّزوم فى غير ذلك بعد انقضاء المجلس فى مورد وجوده بعدم القول بالفصل و ربّما نوقش فى الاستصحاب بوجه أخر يأتى من المصنّف (- ره-) الإشارة اليه و إلى جوابه بقوله فيما يأتى و ربّما يقال انّ مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك من العين (- إلخ-)

قوله طاب ثراه الرّابع المعنى اللّغوى (- اه-)

لا يخفى عليك ما فى جعل هذا التقرير للأصل قسيما لما مرّ من التّقريرات ضرورة انّ كون وضع البيع شرعا على اللّزوم مجرّد دعوى فيلزم التعلّق فى إثباته بالعمومات فيرجع إلى التقرير الثانى

ص: ۶

الّا انّ يوجه بانّ وضع البيع عرفا و عادة على اللّزوم و الإمضاء من الشّارع انّما ورد على المتعارف المعتاد فكان شرعا (- ككـ-)

قوله طاب ثراه نعم لو كان فى أوّل انعقاده محكوما عليه (- اه-)

ربّما زاد بعضهم على الماتن (- ره-) فادّعى عدم قدح ثبوت خيار المجلس فى أصالة اللزوم بالتقرير الرّابع حتى بناء على كون الخيار حكما نظرا إلى إمكان دعوى ان وضع البيع عرفا و عادة على اللّزوم من أوّل الأمر و قد امضى الشارع ذلك بعد استثناء زمان كونهما فى المجلس فذلك الزمان خرج تعبّدا و بقى ما بعده و لا يخلو ذلك من نظر

قوله طاب ثراه و انّما جعل الخيار (- اه-)

أراد بذلك دفع ما قد يدخل من انّا نجد وقوع العقد جائزا و بقائه على الجواز ما داما فى المجلس و وجه الاندفاع انّ الجواز ليس من لوازم ذاته و لذا يسقط بالإسقاط و لا يثبت من رأس عند العقد متفارقين نعم لو كان الجواز من لوازم ذات البيع كما فى الهبة لكان الدّخل فى محلّه

قوله طاب ثراه و ممّا ذكرنا ظهر وجه النظر فى كلام صاحب الوافية (- اه-)

ذكر ذلك فى الوافية فى ذيل الكلام على شرائط الرّجوع إلى أصل البراءة حيث غرى إلى الشهيد (- ره-) فى (- عده-) استعمال لفظ الأصل فى مواضع منها صحيح و منها ما لا يذهل له وجه و عدّ من ذلك جملة من المواضع ثمّ قال و أنت بعد ما أحطت بشرائط العمل بالأصل تتمكّن من معرفة الصحيح من غيره بعد اطلاعك فى الجملة على الفروع الفقهيّة مثلا قوله الأصل فى البيع اللّزوم ليس له وجه لانّ خيار المجلس ممّا يعمّ أقسام البيع و هكذا انتهى و وجه النّظر انّ خيار المجلس حق و ليس حكما حتى يقتضى كون ذات البيع مبنيّا على الجواز و ينافى المطلوب

قوله طاب ثراه و سيأتى ما فيه (- اه-)

أشار بذلك إلى قوله فيما يأتى بعد صفحة و ان أريد بها العلاقة الّتى كانت فى مجلس البيع

قوله طاب ثراه بقى الكلام فى معنى قول العلّامة فى (- عد-) و (- كرة-)

لا يخفى ما فى العبارة من الخرازة إذ ليس عبارة (- كرة-) الّا على الوجه الّذى سنحكيه عنها فحذف اجزاء الكلام و نسبة ما بقى إليها و البحث عن معناه ممّا لا معنى له كما نبّه على ذلك فى غاية الآمال

قوله طاب ثراه و توجيهه بعطف العام على الخاصّ كما فى (- مع صد-) غير ظاهر (- إلخ-)

ما نسبه إلى (- مع صد-) لم نجده فيه لانّه قال فى (- عد-) الأصل فى البيع اللّزوم و انّما يخرج عن أصله بأمرين ثبوت خيار و ظهور عيب انتهى و فى (- مع صد-) ما لفظه ظهور العيب أيضا مقتضى للخيار فكان حقّه الاستغناء به الّا ان يقال انّ ثبوت الخيار لا بسبب نقصان فى نفس العين و صفاتها قسم برأسه و بسببه قسم أخر و انّ مباحث العيوب لسعتها حقيقة بأفراد فصل لها فلأجل ذلك جعل العيب قسما برأسه و هذا هو الملحوظ له و المطابق لفعله فإنّه فى أقسام الخيار قال السابع خيار العيب و سيأتى انتهى و هذه العبارة كما ترى خالية عما غراه المصنف (- ره-) اليه و ليس فى غيرها من كلماته تعرّض للتّوجيه المذكور و ربّما استظهر الشيخ الوالد العلّامة أدام اللّه ظلاله انّ المصنف (- ره-) استنبط التّوجيه بعطف الخاصّ على العام من قوله أو انّ مباحث العيوب لسعتها حقيقة بأفراد فصل لها بتقريب أنّ سعة مباحثها لا توجب المباينة و انّما توجب الاعتناء و الاهتمام بها و افرادها بالذكر كما هو الشّأن فى كلّ خاصّ أفرد بالذكر فى مقابل العام و معلوم انّه قد وقع ذكرها بالعطف فيكون من عطف الخاصّ على العام ثمّ اعترض روحى فداه عليه بانّ ما ذكره من سعة مباحث العيوب و استحقاقها لافراد فصل لها بخصوصها لا يدلّ على عطف الخاصّ على العام لا مطابقا و لا تضمّنا و لا التزاما حتّى يعترض عليه بانّ العطف الواقع فى الكلام من قبيل عطف احد المتباينين على الأخر أمّا انتفاء الأوّلين فظاهر و امّا انتفاء الأخير فلأنّه يمكن ان يكون غرضه توجيها أخر للمباينة نظرا إلى انّها لما استحقّت لسعتها و كثرة مباحثها افراد فصل لها خرجت عن

عنوان الاندراج تحت الکلّی الشّامل لها و صارت بمنزلة المباین فالعطف من قبیل المباین علی المباین و لا أقلّ من سریان هذا الاحتمال فی کلامه فلا وجه للاعتراض علیه بانّ المعطوف مباین للمعطوف علیه فکیف یجعل من قبیل عطف الخاصّ علی العام لانّ مثل هذا الاعتراض انّما یتجه لو صرّح بأنّه من عطف العامّ علی الخاصّ و قد عرفت عدم وقوعه هذا کلامه دام ظلاله و هو موجّه متین

قوله طاب ثراه نعم قد یساعد علیه ما فی (- کرۀ-) (- اه-)

أی یساعد علی توجیه ما فی (- عد-) ما فی (- کرۀ-) یعنی انّ ما فی (- کرۀ-) یکون موجّها لما فی (- عد-) لدلالته علی المباینة و ربّما نوقش فی ذلک بجریان الإشکال المتقدم فی عبارة (- کرۀ-) أیضا من حیث المقابلة بین ثبوت الخیار و ظهور العیب لا ثبوت الخیار من جهة العیب حتّی تفترق العبارتان فتأمّل

قوله طاب ثراه للتروّی خاصّة

أی التدبّر و النّظر فی أمر البیع حتی یدرک ما فیه صلاحه من الفسخ أو الإمضاء و قد أشار إلی ذلک بقوله فی (- کرۀ-) فی المسئلة الثانیة من مسائل خیار المجلس و مقصود الخیار التروّی لدفع الغبن عن نفسه انتهی

قوله طاب ثراه لکنّه مع عدم تمامه (- اه-)

الوجه فی عدم تمامیّته ما أشار روحی فداه إلیه فی غایة الآمال من انتقاض الحصر ببیع الفضولی بناء علی ما عرفت من انّ السّلطنة علی الإجازة و الردّ فیه لا یسمّی خیارا علی ما هو المتبادر من کلمات المتأخّرین و ببیع المعاطاة علی مذهب المحقّق الثّانی (- ره-) من کونها بیعا

قوله طاب ثراه و یمکن توجیه ذلک (- اه-)

هذا التّوجیه انّما یتمّ ان لو کان العیب موجبا للأرش معیّنا و لیس (- کک-) بل هو موجب للتخیّر بین أخذ الأرش و بین الفسخ و من هنا وجّه بعضهم کلام العلّامة (- ره-) بانّ التزلزل الحاصل فی المعیوب لمّا کان موجبا لأحد الأمرین فسخ العقد و أخذ الأرش بخلاف التزلزل الحاصل فی موارد سائر الخیارات حیث یوجب الفسخ فقط فلذا جعلهم لشیئین و عطف أحدهما علی الأخر

قوله طاب ثراه فالعقد بالنسبة إلی جزء من الثمن (- اه-)

(۱۱) ربّما نوقش فی ذلک بعدم تعقّل الفسخ بالنسبة إلی جزء من الثمن الّا بردّ ما یقابله من الثّمن ضرورة اقتضاء مقابلة المجموع بالمجموع مقابلة الأبعاض بالأبعاض فرجوع جزء من الثّمن إلی المشتری یقتضی رجوع مقابلة من الثّمن إلی البائع فلا بدّ من التزام کون هذا الفسخ مزیدا للعقد علی تمام المبیع بتمام الثّمن موقعا إیّاه علی مجموع المبیع و ما بقی من الثّمن فالتزلزل (- ح-) بالنّسبة إلی تمام العقد لا خصوص جزء من الثّمن

قوله طاب ثراه لکنّه مبنیّ (- اه-)

(۱۲) أورد علیه بإمکان تصحیحه حتّی بناء علی کون الأرش غرامة و عدم کونه جزءا من الثمن نظرا إلی عدّ العرف إیّاه جزء من الثّمن قد ردّ إلی المشتری فکأنّه قد انفسخ البیع الأول الواقع علی المجموع و حدث بیع أخر واقع علی ما بقی فالأرش و ان لم یکن جزءا حقیقة الّا انّه بمنزلة الجزء ثمّ استشهد علی کونه بمنزلة الجزء بأنّه لو فرض فسخ البیع بعد أخذ الأرش بسبب أخر استرجع البائع الأرش أو ردّ إلی المشتری ما عدی مقداره من الثمن و لم یکن له دعوی کونه غرامة خارجیّة قد استوفاها و أقول انّ الإیراد المذکور غیر متّجه و التّصحیح سقیم ضرورة أنّ مسامحة العرف یعدّ غیر الجزء جزءا لا ینفع فی تصحیح المطلب و حدوث بیع جدید ممّا لا یمکن التفوّه به و ما استشهد به علیل لانّ الفسخ یرفع العقد و ما کان من شئونه و الأرش من شئونه و لیس ذلک کأنّما حیث

ص: ۷

انّ ذلک صار ملکه قبل الفسخ و لا ربط له بالمعقود علیه بوجه بخلاف الأرش فتأمل

قوله طاب ثراه ثمَّ انّ الأصل بالمعنی الرّابع انّما ینفع (- اه-)

یمکن المناقشهٔ فیه بمنع کون الشک فی لزوم عقد غیر البیع من الشک فی الحکم الشّرعی مطلقا بل قد یکون من الشک فی الموضوع دون الحکم فیجری نظیر تقریر الأصل بهذا المعنی فی کلّ عقد کان بناء أهل العرف و العادهٔ فیه علی الجواز بدعوی ورود الإمضاء من الشّارع علی ذلک المتعارف بین النّاس فاذا کان بنائهم علی لزومه علم ورود الإمضاء علی ذلک فیکون الأصل فیه اللّزوم

قوله طاب ثراه فمنها قوله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ دل علی وجوب الوفاء بکلّ عقد (- اه-)

وجه الدّلالهٔ علی الوجوب تضمّنه لصیغهٔ الأمر التی هی حقیقهٔ فی الوجوب و اللّام للاستغراق الموجبهٔ لعموم العقود لکن ربما نوقش فی عموم العقود بما ستسمع عند ثقل الإشکالات الموجّههٔ إلی التمسّک بالآیهٔ مع أجوبتها (- إن شاء الله-) (- تع-)

قوله طاب ثراه و المراد بالعقد مطلق العهد (- اه-)

قد ذکر المفسّرون و أهل اللّغهٔ للعقود فی الآیهٔ معانی الأول مطلق العهود الثّانی العهود الّتی أخذ الله سبحانه علی عباده بالإیمان به و طاعته فیما أحلّ لهم أو حرّم علیهم حکاه الطّبرسی فی محکی مجمع البیان عن ابن عبّاس قال و فی روایهٔ أخری قال هو ما أحلّ و حرّم و ما فرض و حدّ فی القران کلّه فلا یتعدّوا فیه و لا ینکثوا قال و یؤیّده قوله تعالی الَّذِینَ یَنْقُضُونَ عَهْدَ اللّهِ مِنْ بَعْدِ مِیثاقِهِ إلی قوله وَ لَهُمْ سُوءُ الدّارِ الثّالث عقود أمیر المؤمنین علیه السّلام فعن علیّ بن إبراهیم فی تفسیره عن الجواد علیه السلام انّ رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله عقد علیهم لعلیّ علیه السلام بالخلافهٔ فی عشرهٔ مواطن ثمَّ انزل اللّه تعالی یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ الَّتی عقدت علیکم لأمیر المؤمنین (- ع-) الرّابع العهود الّتی کان أهل الجاهلیّهٔ عاهد بعضهم بعضا فیها علی النّصرهٔ و الموازرهٔ و المظاهرهٔ علی من حاول ظلمهم و بغاهم أی أراد بهم سوء و ذلک هو معنی الحلف حکاه الطّبرسی عن ابن عبّاس و مجاهد و الرّبیع و ابن انس و قتادهٔ و الضحّاک و السّدی الخامس ان ذلک أمر من اللّه تعالی لأهل الکتاب بالوفاء بما أخذ به میثاقهم بالعمل بما فی التوریهٔ و الإنجیل فی تصدیق نبیّنا صلّی اللّه علیه و آله و ما جاء به من عند اللّه تعالی حکاه الطّبرسی عن ابن جریح و ابن صالح السّادس العقد الذی یتعاقدها النّاس بینهم و یعقد المرء علی نفسه کعقد الأیمان و عقد النّکاح و عقد العهد و عقد البیع و عقد الحلف حکاه الطّبرسی عن ابن زید و زید بن أسلم و أقول لا ریب فی ظهور کلمهٔ العقود فی العموم فتخصیصها بقسم خاصّ خلاف الظّاهر و من هنا لا یختصّ بعهود أمیر المؤمنین علیه السّلام غایهٔ ما هناک شمولها لها لکونها من جملهٔ مصادیقها و افرادها و ذلک لا یوجب سقوط الآیهٔ عن مرتبهٔ الدّلالهٔ بالنّسبهٔ إلی سائر مصادیق العقود و افرادها لانّ المورد لا یخصّص اللّفظ العامّ کما تقرّر فی محلّه و علی فرض تسلیم الاختصاص بتلک العهود فلا ریب فی کون ذلک من البطون و التّأویلات بل لا یخفی علی المتتبّع الخبیر ورود تأویل أکثر الآیات بأمیر المؤمنین (- ع-) و أولاده المعصومین صلوات اللّه علیه و علیهم أجمعین و ذلک لا ینافی التمسّک بظواهرها بل ربّما یقال بناء علی الاختصاص و عدم جواز التمسّک بالظّاهر انّ المیثاق لأمیر المؤمنین علیه السلام عبارهٔ عن وجوب اطاعته و ثبوت ولایته و قبوله مستلزم للالتزام بالأحکام کلّا لکون التخلّف عنه تخلّفا عن إطاعته فی ذلک الجزء المتخلّف عنه و من جملهٔ التّکالیف العقود لکن فیه عدم إمکان التمسّک بالآیهٔ (- ح-) لتصحیح العقود المشکوک فیها لانّ طاعته تحصل بالامتثال فیما ثبت صحّته من العقود و کیف کان فالوجه الثّالث من الوجوه السّتّهٔ المتقدّمهٔ ممّا لا مجال للالتزام به لاستلزامه التقیید من غیر مقیّد و مثله الثّانی و الرابع لخلوهما عن القرینهٔ المخصّصهٔ لعموم اللّفظ و دعوی شهادهٔ ما بعد الآیهٔ بالتخصیص بالعهد بالمعنی الثانی نظرا إلی انّ قوله (- تع-) أُحِلَّتْ لَکُمْ بَهِیمَةُ الْأَنْعامِ تفصیل بعد إجمال العقود کما صدرت من بعض المفسّرین لا وجه لها ضرورهٔ انّ لازم ذلک اختصاص العقود بالأحکام الخمسهٔ خاصّهٔ و إطلاق العهد علیها خلاف الظّاهر و المعیار فی باب الألفاظ علی الظّهورات و لا قابلیّهٔ لما بعد الآیهٔ لان یکون قرینهٔ لحملها علی خلاف الظّاهر و امّا التّفسیر الخامس ففساده أظهر من ان یحتاج إلی بیان لانّه مع کونه تخصیصا من غیر مخصّص فیه انّ

الخطاب للّذين أمنوا لا- للّذين كفروا فلا- ربط له بحال أهل الكتاب أصلا كما لا يخفى على المتأمّل فانحصر المراد ظاهرا على ما يقتضيه عموم اللّفظ فی الأوّل و السّادس و على كلّ منهما فالآية تكون وافية بالدّلالة على مطلوب الجماعة من هذه الجهة هذا و ربّما ناقش بعضهم فی دلالة الآية على التفسير الأوّل بأنّ المراد بالعقود إن كان مطلق العهود أعمّ من التّكاليف الإلهيّة و العهود الّتی بين الخلق و الخالق كالنّذر و شبهه و العهود الّتی بينهم بعضهم مع بعض كان اللّازم امّا جعل الأمر للوجوب و إخراج المستحبّات و العقود الجائزة من باب التخصيص و امّا جعل الأمر للقدر المشترك بين الوجوب و النّدب فيشملهما و (- ح-) فتسقط الآية عن الدّلالة و فيه انّ الأمر حقيقة فی الوجوب و التّخصيص اولى من المجاز كما اعترف به المورد فلا وجه لسقوط الآية عن الدلالة

قوله طاب ثراه و المراد بوجوب الوفاء العمل بما اقتضاه العقد فی نفسه (- اه-)

قد ذكروا للوفاء المأمور به معانی أحدها ان يكون المراد بيان وجوب القيام بالمعقود دائما حتی يرد المزيل الشّرعی فتدل الآية (- ح-) على وجوب العمل على مقتضی كلّ عقد يعقدونه مطابقا لحكم العقل بحسن الوفاء بالعهد كما يشير اليه قوله صلّى اللّه عليه و آله المؤمنون عند شروطهم فيكون إيجابا للوفاء بكلّ عهد و شرط الّا ما خرج بالدّليل فيكون معنى الآية انّه يجب الوفاء بكلّ عهد موثّق بينكم و بين اللّه كالنّذر و أشباهه أو من الله تعالى إليكم كالايمان به المعهود فی عالم الذّر و بعده و أداء امانة التكليف التی حملها الإنسان أو بين أنفسكم بعضكم مع بعض كالبيع و أشباهه أو بين أنفسكم مع أنفسكم كالالتزامات و الاشتراطات على النّفس من غير جهة النّذر فيكون الأصل وجوب الوفاء بكل عهد موثّق خرج ما خرج بالدّليل كالشركة و المضاربة و أمثالهما فإنّها و إن كانت صحيحة لدليل الّا انّها ليست بلازمة بالدّليل الخارجی و كالمغارسة و شركه الوجوه و الأبدان فإنّها محظورة رأسا من الخارج فكلّما يندرج فی تجارة عن تراض يثبت صحّته منه و لزومه بتلك الآية و ما لا يندرج فيه لا يثبت صحّته و لزومه معابها بل يثبت الصّحة و اللزوم بهذه الآية (- ح-) لكونها مؤسسة للحكم و مقتضاه حلّية كلّ عقد و ترتّب ثمرته الّتی أرادها واضعوه خرج ما خرج بالدّليل و بقی الباقی فأصالة اللّزوم تثبت من الشّرع فيرجع فی مجهول الحال إلى الآية و يحكم بصحّته و لزومه من دون حاجة إلى تتبع أحوال العرف فی انّ بنائهم كان على اللزوم أو الجواز فتثبت من الآية أصل الرّخصة و الإيجاب و اللّزوم إلى ان يثبت المنع و الاستحباب و عدم اللّزوم بدليل خارجی و يلزم من هذه المقالة سقوط ما صدر عنهم فی بعض المقامات من منع الصحّة نظرا إلى انّ العقود من الوظائف الشرعيّة فهی موقوفة على التّوظيف و انّه لم يرد عليه نصّ بالخصوص ضرورة انّ عدم ورود نصّ بالخصوص لا يدلّ على عدم التّوظيف بعد ثبوته بالعموم ثانيها انّ المراد بيان الصّحة و ترتّب

ص: ۸

الثّمرة التى كـانت منظورة للمتعاقـدين يعنى مـا تعاقـدون عليه بينكم فقـد اجزته و رتّبت عليه الثّمرة الّتى تريـدون منه فصار شـرعيّا بان يكون الأمر من باب رفع الحظر و إثبات محض الرّخصة و جواز ما يفعلون و يلزمه ان يصـير كلّما كان عندهم على وجه اللّزوم لازما و على وجه الجواز جائزا و لكن الآية على هذا لا تفيد كون الأصل فى العقود اللّزوم بل الصّحة فقط فيحتاج إلى تتبع أحوال أهل العرف و متابعتهم فى اللزوم و الجواز بل لا تفيد الآية حينئذ إلّا صـحّة العقود المتداولة بينهم حين الخطاب فلا يمكن التمسّک بها لتصحيح ما شـکّ فى صـحّة من العقود کمـا لاـ يخفى ثالثها انّ المراد انّ ما جوّزنا لکم و حلّلناه و رتّبنا عليه الثّمرة من العقود فيجب عليکم الوفاء بمقتضـاه مثـل انّ عقـد البيع فى العرف کـان هو نقـل عين بعوض معلوم و قـد صـحّحه الشّارع و جوّزه و رتّب عليه الثّمرة الّتى أراده و بقوله تعـالى أَحِـلَّ اللّهُ الْبَيْعَ و مثـل عقـد المضاربـة الّتى جوّزهـا بقوله إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْکُمْ ثمّ قال أوفوا به يعنى يجب الوفـاء بمقتضاه من النّقل بمعنى اسـتمرار ملکيـّة الطّرفين لما ملکاه فالايـة على هـذا تثبت اللّزوم فى جميع العقود المجوّزة و امّا العقود الممنوعة کالرّبا و الميسر و غيرهما فلا معنى لوجوب الوفاء بها بل لا يخفى عليک عدم إمکان التمسّک بالآية على هذا الصحة العقود المشـکوک فى صحّتها لحصره واجب الوفاء بما علم تجويز الشّارع له رابعها انّ المراد انّ ما بيّنا لکم جوازه من العقود و شرحنا لکم و ميّزنـا اللّازمـة منهـا عن الجـائزة و الرّاجحـة عن المرجوحـة فـأوفوا بهـا على مقتضـاه فاعتقـدوا لزوم اللّازمات و اعملوا بمقتضاه و جواز الجائزات و اعملوا بمقتضاه و هکذا أوفوا بجميع العهود الموثّقة و المواثيق المحکمة من الأيمان باللّه و اليوم الأخر و بتحليل ما أحلّ و تحريم ما حرّم و العمل بمقتضـى ما فرضه من الفرائض و الأحکام و الحـدود فتکون الآيـة من باب الإرشاد و الوعظ و الأمر بالمعروف لا من باب إنشاء الحکم و احداثه فلا يلزم على هذا الحکم بصـحّة مشـکوک الحال خامسـها انّ المراد بالإيفاء وجوب القيام بمقتضـى العقـد و العهد ما دام المتعاقدان أو العاقد ان کان واحدا باقيا على العهد فما لم يرجعا أو أحدهما يکون الوفاء واجبا و مع رجوعهما أو أحدهما و فسخ العهد يرتفع الوجوب و ذلک کما فى الشّـرکة مثلا فانّ المرئين إذا اشترکا فى رأس مال و شرطا ان يکون الرّبح بينهما بالمناصـفة فإنّ أصل العقـد و إن کان جائزا يجوز لکلّ منهما الرّجوع إلّا أنّهما ما لم يرجعا يجب عليهما الوفاء بالشّـرط و على هذا فلا تفيـد الآيـة لزوم العقد بالمعنى المتعارف و ان أفاد صـحّة کلّ عقد إلى غير ذلک من الاحتمالات الّتى ذکرها الفاضل النّراقى (- ره-) فى عوائـده أخـذا الأربعـة الأوّل من الفاضـل القمى (- ره-) فى رسالـة الفرق بين الخلع و الطّلاق بعوض و أقول لا يخفى على الفطن الخبير انّ حمـل الأمر على مجرّد رفع الحظر کما هو مقتضـى الاحتمال الثّانى أو على الإرشاد کما هو مقتضـى الاحتمال الرابع خلاف الظّاهر و تقييد العقود بالمبيّن شـرعا جوازها کما هو مقتضـى الاحتمال الثالث تخصـيص للعموم من غير مخصّص و تقييد من غير دليل فلا وجه للمصـير اليه و مثله الحال فى التقييد بحياة المتعاقدين أو العاقد إن کان واحدا فإنه مما يأباه عموم اللّفظ فانّ الوفاء بشـىء عرفا و لغة عبارة عن العمل بمقتضاه و مقتضـى العقد امّا تمليک أو ما شابهه و مقتضى لزوم الوفاء به البقاء على هذا الأثر و إيفائه وجوبا فلا رخصـة فى إبطاله و هو المدّعى من اللّزوم فإثبات الرّخصة بعد تلف احد المتعاقدين عند التعدّد أو العاقد عند الاتّحاد ممّا لا دليل عليه فتبيّن من ذلک کلّه دلالـة ظاهر الآيـة على صـحّة کلّ ما يسـمّى عقدا عرفا و لزوم ترتيب الأثر إلى ان يثبت البطلان أو الجواز هذا کلّه مضافا إلى ابتناء الوجه الثّالث و الرّابع على کون اللام فى العقود للعهد و ستعرف إنشاء اللّه تعالى انّ التحقيق خلافه

قوله طاب ثراه فاذا حرم بإطلاق الآية (- اه-)

قال الشّيخ الوالد العلّامة روحى فداه فى غاية الآمال انّ استفادة هذا المعنى من الآية غير متوقّفة على دلالتها على العموم بحسب الزّمان بل هى موقوفة على مجرّد وجوب الوفاء بنفس مضـمون العقد و مؤدّاه لأنّه إذا کان مؤدّى البيع مثلا ما يحدث أثرا مسـتمرا و هو ملک رقبة المال کعقد النّکاح المحدث أثرا مسـتمرّا هو الزوجية الدّائمة کان مقتضى وجوب الوفاء به عبارة عن الالتزام بذلک الأثر المستمرّ إذ لا معنى لوجوب الوفاء بالعقد الّا الالتزام بمؤدّاه على وجهه و المفروض استمراره فلا يحتاج إلى دلالة لفظ الآية على العموم بحسب الأزمـان و لهـذه الدقيقـة لم يحم (- ره-) حول دلالتهـا على ذلک و ما قرع سـمعک من البحث عن دلالتها على ذلک و عـدمها فإنّما

يظهر أثره فى فوريّة شيء من الخيارات و عدم فوريّته

قوله طاب ثراه فيستدل بالحكم التكليفى على الحكم الوضعى (- اه-)

يعنى انّه إذا دلّت الآية على حرمة التصرّف من احد المتبايعين فيما انتقل عنه بعد فسخ من انتقل اليه انتزع من ذلك فساد الفسخ من كلّ منهما إذا لم يكن برضى الأخر ضرورة انّ عدم جواز التصرّف بعد الفسخ ليس الّا معنى عدم تأثير الفسخ و الّا فلو اثّر الفسخ لكان التصرّف من المنتقل عنه فى ملكه هذا بناء على جعل الأحكام الوضعيّة و امّا بناء على الانتزاع فأوضح إذ ليس فساد الفسخ (- ح-) إلّا عبارة عن حرمة التصرّف فيما انتقل عنه

قوله طاب ثراه و ممّا ذكرنا ظهر ضعف ما قيل (- اه-)

لما بيّن تقريب الاستدلال بالآية أراد الإشارة إلى ردّ ما نوقش به فى الاستدلال بها على اللزوم من انّ غاية ما فى الآية انّما هو وجوب العمل بما يقتضيه العقد ان لازما فلازما و ان جائزا فجائزا فاللام فى الآية للإرشاد على حذر الأمر بوجوب العمل بالأحكام إن واجبا فواجبا و ان ندبا فندبا إذ لا معنى لوجوب الوفاء بالعقد الجائز إلّا ترتيب الأثر عليه ما لم ينفسخ و وجه ظهور ضعف هذه المناقشة ممّا سبق انّه فسّر فيما مرّ وجوب الوفاء بالعمل بما اقتضاه العقد فى نفسه بحسب دلالته اللّفظية و اللّزوم و الجواز ليسا من مقتضيات العقد فى نفسه بحسب دلالته اللّفظية بل هما من الأحكام الشّرعيّة للعقد مضافا إلى اقتضاء إطلاق الآية حرمة جميع ما يكون نقضا لمضمون العقد و ذلك يستلزم اللّزوم مع انّ حمل الأمر على الإرشاد خلاف الظّاهر لأنّ الأصل فى الأمر ان يكون مولويّا و ربّما نوقش فى دلالة الآية على الصحة و اللزوم بوجوه أخر أحدها انّ لازم الأخذ بعموم الآية هو الحكم بوجوب الوفاء بكلّ ما يخترع و يصدق عليه لغة و عرفا انّه عقد و ذلك ممّا لا يمكن الالتزام به و ينافيه حكمهم ببطلان جملة من العقود بل قيل انّ عدم وجوب الوفاء بكلّ مخترع يصدق عليه العقد مجمع عليه و هو (- ككك-) و مقتضاه إجمال الآية إذ لا يعلم (- ح-) انّ الصّحيح ما هو و الباطل ما هو و أجيب عنه بوجوه الأوّل ما صدر من الفاضل القمّى (- ره-) فى رسالته المتقدّم إليها الإشارة من حمل العقود على المتعارفة قال انّ العقود المتعارفة المتداولة فى زمان نزول الآية من البيع و النّكاح و الصّلح و الهبة و الإجارة و نحوها مما ذكره الفقهاء (- رض-) لا ريب فى تعارفها و تداولها فى ذلك الزّمان أيضا و انّما هى المتداولة فى زماننا هذا و الأصل عدم التّغيير و استدلالاتهم يرجع إلى إثبات هذه

ص: ۹

العقود و يتمسّكون بها فى تصحيح هذه إذا شكّ فى اشتراط شىء فيها أو وجود مانع عن تأثيرها و نحو ذلك لا تصحيح عقد برأسه و امّا مثل شركة الأبدان و المغارسة و الشّغار و نحو ذلك فان لم نجعل من أقسام هذه العقود بان بطلانها من جهة فقدان شرط أو وجود مانع فلا يلزم من إخراجها التخصيص الغير المرضى كما لا يخفى ثمّ قال و الظّاهر انّ المراد بالإيفاء بالعقد العمل على مقتضاه ما دام باقيا فلا ينافى وجوب الإيفاء كون بعض العقود جائزا كالشّركة و المضاربة و نحوهما و بالجملة الظّاهر انّه ليس المراد من الأمر وجوب نفس العقود كما لا يخفى و لا وجوب الالتزام بها ابدا لجواز الفسخ فى اللازمة منها بالتّقايل و الطّلاق أو غيرهما و كذا فى الجائزة فالمراد هو وجوب الإيفاء على مقتضاها ما دامت باقية على حالها انتهى و فيه أوّلا انّه يكفى فى صحّة أنواع العقود المتداولة فى زمانه تقرير النّبى صلّى اللّه عليه و آله و ضرورة المذهب و الأخبار النبويّة و الوصويّة و الأئمّة فلا حاجة إلى التكلف بالتمسّك بالاية لكونه (- ح-) أشبه شىء بالأكل من القفاء و اين ذلك و كيف هو ممّا هو محطّ نظر الجماعة من تصحيح جميع أنواع العقود المتداولة فى ذلك الزمان و غيرها و جميع أفرادها المتداولة بالتمسّك بالآية لا خصوص المتعارفة نوعا فما ذكره فى الحقيقة التزام بالإيراد لا انّه دفع له كما توهّم (- ره-) و ثانيا انّ الجمع المحلّى باللّام حقيقة فى العموم لا العهد كما تقرّر فى محلّه و المجاز لا يصار إليه الّا بقرينة هى فى المقام مفقودة و لا ريب انّ ما ذكره حمل للّام على العهد و هو هنا ممنوع و ثالثا انّه خلاف ظاهر اللّفظ لانّه عامّ و لم يثبت حقيقة شرعيّة فى لفظ العقد لأنّه فى الأصل الجمع بين شيئين بحيث يعسر الانفصال كما قيل و المراد بالعقد هنا العهد الموثّق امّا على سبيل المجاز تسمية للمتعلق باسم المتعلّق أو من باب كونه من مصاديقه فالمراد بالعقود هنا العهود الموثّقة كما صرّح به جماعة من المفسّرين و لا دليل على التّخصيص بالمعهودة المتعارفة و رابعا انّ الآية على ما ذكره قصير مجملة لعدم القطع الّا بتداول عدّة يسيرة من العقود المتعارفة فلا يعلم اندراج غيرها ممّا يراد التمسّك بالآية على صحّته تحت المتعارفة فتدبّر جيّدا الثّانى ما أجاب به هو (- ره-) بعد ذلك قائلا انّما ذكره أولا هو ما حقّقه فى سالف الزّمان فى وجه الاستدلال بالآية و انّ الّذى ظهر له بعد التأمّل عند تحرير الرّسالة عدم خلوّ الجواب المذكور عن الإشكال و جعل الحقّ فى الجواب بعد الالتزام بأنّ إرادة مطلق العقود و العهود الموثّقة مراعاة للمعنى اللّغوى انّ لزوم التخصيص الغير المرضى يعنى ما يعبّرون عنه بتخصيص الأكثر لو سلّمنا أكثريّة الغير المتداولة فى الشّرع انّما هو إذا أريد بعموم العقود العموم النّوعى و هو خلاف التّحقيق بل المراد هو العموم الأفرادى فاذا لوحظ الأفراد فلا ريب أنّ أفراد العقود المتداولة أكثر من افراد غيرها سيّما فى مثل البيع و الإجارة و النّكاح فبعد منع ثبوت الحقيقة فى لفظ العقد فيبقى على عموم المعنى اللّغوى فكلّما ثبت بطلانه بدليل كالميسر و الأزلام و الرّبا و الرّهان لغير ما جوّزوه فى محلّه و المغارسة و نحوها فيخرج و يبقى الباقى و إلى ذلك ينظر استدلالهم بهذه الآية فى لزوم العقد اللازم فالجواز فى مثل الوكالة و المضاربة و الشركة و نحوها انّما ثبت بالمخصّص و الّا نقلنا باللزوم فيها (- أيضا-) و لذلك تأمّل بعضهم فى بطلان شركة الأبدان و الوجوه و نحوهما لو لم يكن إجماع فلا يلزم وجود الدّليل فى كلّ واحد من خصوصيات العقود صحّة و لزوما بل المحتاج اليه الفساد و الجواز انتهى و الوجه فيما ذكره من كون ارادة العموم النّوعى خلاف التّحقيق كون ذلك خلاف الظّاهر كما انّ ارادة العموم الإضافى كالبيوع العربيّة و الّتى سبق إيجابها على القبول و الّتى وقعت بصيغة الماضى خلاف الظّاهر ضرورة انّ ارادة استغراق الأنواع و الأصناف من الألفاظ العامّة ممّا لم يقع فى العرف و ليس معهودا فى ما بينهم و انّما هى من تدقيقات العلماء بل ربّما يستأنس لذلك بما ورد من تفسير العقود بعهود أمير المؤمنين عليه السّلام فانّ مرجعه إلى العموم الأفرادى لعدم تعقّل العموم النوعى فيه بعد كون عهده عليه السلام نوعا واحدا فما بنى عليه الفاضل المذكور من كون المراد بالعقود الأفراد الشّخصيّة الخارجيّة و اللام للاستغراق الحقيقى للعهد فى غاية الجودة فارتفع بذلك المحذور المذكور من لزوم التخصيص الغير المرضى لأنّ كثرة أفراد العقود الفاسدة

بانتفاء الشّروط انّما هى بحسب أنواع تلك العقود الفاسدة و الّا فالواقع فى الخارج صحيحه أكثر من فاسده و كذا لا يلزم التخصيص الغير المرضى بإخراج العقود الفرضيّة و الجعليّة الّتى لم يرد بها الشّرع ضرورة عدم وقوع أكثرها فى الخارج و وقوع عدّة منها لا

يوجب المحذور المذكور الثّالث ما تنبه له بعض فضلاء الأواخر من ان تخصيص الأكثر انّما يمنع منه حيث ادّى إلى الاستهجان العرفى و هو انّما يحصل بعدم بقاء كثرة يعتد بها و هنا ليس (- ككك-) حتّى لو أريد الأنواع لأنّ أنواع اللّازم الوفاء بها كثيرة أيضا كما لا يخفى و هو جواب متين أحسن من سابقة لإمكان مقابلة الخصم الجواب السّابق بمنع أكثريّة أفراد العقود المتداولة من افراد غيرها و إن كان ذلك مردودا عليه بالوجدان الرّابع ما أجاب به صاحب الرياض (- قدّه-) بقوله بعد التمسّك بالعموم و القدح فيه بخروج الأكثر بالإجماع فيقيّد لأجله بالمتداول زمان الخطاب كما مرّ مع عدم معلوميّة كون ما نحن فيه منه محلّ نظر لا يستلزمه إجماله و عدم التمسّك به فى شيء ممّا عدى محلّ الوفاق و هو مخالف لسيرة العلماء و طريقتهم المسلوكة فيما بينهم بلا خلاف يظهر بينهم فى ذلك أصلا من جهة استنادهم إليه فى محل النّزاع و الوفاق فالتّحقيق انّ الجمع بين الإجماعين يقتضى المصير إلى جعل الألف و اللّام فى العقود للعهد و الإشارة إلى جنس العقود المتداولة فى ذلك الزّمان المعهودة و المضبوطة الان فى كتب فقهائنا كالبيع و الإجارة و نحو ذلك لا خصوص اشخاص كلّ عقد عقد متداول فيه مع كيفيّاتها المخصوصة و المتداولة فيه من المحذور و (- ح-) نقول لا ريب فى دخول هذا العقد فى جنس تلك العقود و كونه فردا من افراده و ان جهل اشتراكه معها فى الخصوصيّات و ذلك كما عرفت لا يوجب القدح فى دخوله فى العموم بل هو شامل له فيجب الوفاء به بمقتضاه انتهى المهمّ من كلامه و أنت خبير بأنّه يردّ عليه ما أوردنا على الجواب الأوّل الذى هو قريب منه ثانيها ما حكاه الإمام الوالد العلّامة أدام اللّه تعالى ظلاله فى غاية الآمال من ان لفظة أوفوا من قبيل خطاب المشافهة و هو مخصوص بالحاضرين و (- ح-) نقول انّ العقود بالنّسبة إليهم على أقسام ثلاثة ما كان سابقا على تاريخ نزول الآية و ما كان مقارنا له و ما كان متأخّرا عنه و لا بدّ من الالتزام بانّ المراد بلفظ الآية هما الأوّلان لأنّه ان أريد معهما الأخير لزم استعمال اللّفظ فى أكثر من معنى لأنّ السابقة و المقارنة عقود موجودة و المتأخّرة عنه غير موجودة فلا بدّ بالنّسبة إلى الأخيرة من التعليق فيصير المحصّل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ الّتى اوجدتموها و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وجدت فلا بدّ من الالتزام باستعمال اللّفظ فى غير الأخير تفصيّا عما ذكر و (- ح-) نقول انّ العقود السّابقة على نزول الآية و المقارنة لها غير معروفة عندنا و لا معلومة الحال لدينا فيصير اللّفظ مجملا أو ردّه دام ظلّه العالى بانّ ما أريد بلفظ العقود كلّى صالح للقسمين و كون بعض افراد الموضوع مقيّدا بالتعليق غير

ص: ١٠

قادح لانّه غير مأخوذ فيما استعمل فيه اللّفظ و جميع الموضوعات الكلية من هذا القبيل الا ترى إلى قوله تعالى حرّمت عليكم الخمر فإنّه حكمه ليس مختصّا بالخمر الموجود و كذا قوله تعالى حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَ الدَّمُ وَ لَحْمُ الْخِنْزِيرِ إلى غير ذلك من الخطابات المشتملة على الموضوعات الكلّية انتهى كلامه دام بقائه و هو جواب متين و جوهر ثمين يليق بان يكتب بالنّور على و جنات الحور و لله درّة ثالثها ما أورده بعض فضلاء الأواخر فى رسالته من انّ الحمل على العموم انّما هو مع عدم وجود قرينة على خلافه أو وجود شيء صالح لان يكون قرينة فإنّهما يرفعان الظّهور المعتبر فى الحمل على الحقيقة و لا ريب انّ سبق ذكر افراد معهودة سابقة يوجب صرف العموم إليها أو هو صالح للصّرف بمعنى انّه يحتمل كونه صارفا كما لو قال المولى المالك لعشرين بيتا و عشرين ثوبا لعبده اغسل كلّ يوم الثوب الفلانى و الفلانى مثلا إلى خمسة و اكنس البيت الفلانى و الفلانى إلى خمسة أيضا معيّنة من البيوت و الثياب ثمّ قال بعد مضى أيّام فى يوم اكنس البيوت و اغسل الثياب و اذهب إلى السّوق لانصرف إلى ما هو المعهود من ذلك لا إلى العموم و لا ريب انّ سورة المائدة من أواخر السورة المنزلة و لا شكّ ان قبل نزولها قد علم من الشّارع عهود و احكام معلومة من الواجبات و المحرّمات و صحة بعض العقود و بعض الإيقاعات فهذا يوجب كون الخطاب منصرفا إلى ما سبق دون العموم مضافا إلى كون قوله تعالى أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعامِ تفسيرا للعقود كما فى كلام بعض أهل التفسير و هو ممّا يضعّف الحمل على العموم و أنت خبير بما فيه فانا نمنع الانصراف حتّى فى المثال المذكور الّا مع وجود قرينة دالة على عدم مطلوبيّة غسل غير الخمس من الثّياب و الدور و نظير تلك القرينة هنا مفقودة فتحمل الآية على العموم و جعل ما بعد الآية قرينة قد عرفت فى طى المطلب الأوّل ما فيه فلا يفيد هذا مجمل الجواب و تفصيله من وجوه أشار إليه الفاضل المذكور الأوّل انّ سورة المائدة إذا كانت أخر السّور فى قول أو فى أخر عهد النّبى صلّى اللّه عليه و آله فلا ريب فى انتشار الأحكام و بيان الحلال و الحرام فى ذلك فيحمل (- ح-) على العموم و لم يبق شيء من العهود حتى لا يدخل تحت الآية الشّريفة الثانى انّ كون ما سلف قرينة لإرادة العهد لا يكفى فيه السّبق فقط فى الجملة بل لا بدّ من علم المخاطبين بذلك و لا نسلّم انّ المشافهين بخطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ الحاضرين فى مجلس الوحى كانوا كلّهم عالمين بما سبق من العهود سيّما على القول بشمول خطابات القران للغائبين أيضا و ان لم نقل بشمولها للمعدومين و مجرّد سبق الذكر بالنّسبة إلى بعض لا يوجب صارفا بالنّسبة إلى الكلّ و توجه الخطاب بالنّسبة إلى الملتفت إلى القرينة و عدمه يكشف عن إرادة الحقيقة كما ان توجه الخطاب المطلق إلى الواجد للشّرط و الفاقد يدلّ على عدم الشرطيّة الثالث انّ سبق الذكر لو سلّم فى الجميع لا يكفى أيضا إلّا مع بقائه فى الذّهن إلى حين الخطاب و الّا فلا يكفى فى كونه قرينة كما هو واضح و هو هنا غير ثابت و إثبات مثله بالاستصحاب و نحوه كما ترى الرّابع ان استدلال الأصحاب انّما هو فى العقود المتعارفة بين النّاس و لا ريب فى وجودها بين العهود السّابقة المعهودة و لا يحتاج إلى العموم إذ ليس لأحد ان يقول كان بعض من هذه العقود غير متعارفة إلى وقت نزول المائدة فلو أريد العهود السّابقة المعهودة سواء كان من اللّه أو من النّاس لدخل فيه محلّ بحث الأصحاب قلت فى هذا الجواب نظر ضرورة كون دعوى وجود العقود الجارية بين النّاس أنواعا و أفردا بين العهود السّابقة المعقودة حال نزول الآية تخرصا و تخمينا محضا قابلا للإنكار كما لا يخفى الخامس انّ المراد بسبق الذكر الموجب للعهد ظاهرا فى كلام المورد انّما هو بيان حكمه من اللّه تعالى كأحل اللّه البيع و نحوه و يحتمل بقاؤه بعض من العقود غير معلومة الحكم فعلم بعد سورة المائدة فلا يشمله الآية و هو مناقض لكلامه لانّه سلّم ارادة العموم من الآية فى التكاليف و الأحكام الوضعيّة و العقود بين النّاس و نحو ذلك و هذا الإشكال ناظر إلى عدم كون العقود الفقهية داخلة فى العهود بل أحكامها الثّابتة من اللّه تعالى من الحلّية و الصّحة و نحو ذلك داخلة فيها و هو خلاف الفرض السّادس انّ احتمال العهد انّما هو مع مطابقة

الحكم فى السّابق و اللّاحق كما فى مثال البيت و الثّوب الّذى ذكره و امّا مع اختلاف الحكم فلا نسلم الانصراف كما لو قال يجوز لك غسل الأثواب الخمسة ثمّ ذكر بعد ذلك انّه يجب غسل الأثواب و لم يثبت عندنا سبق الحكم بالعقود الفقهية و نحو ذلك من

التكاليف بالأمر بالوفاء حتّى ينصرف ذلك الأمر اليه و انما سبق كونه حلالا و حراما أو صحيحا أو فاسدا أو نحو ذلك و وجوب الوفاء حكم جديد و إن كان مستلزما لبعض ما سبق و هذا غير ما ذكره من المثال و بينهما فرق السّابع انّ ارادة العهد من الآية بعد بيان الحكم سابقا يصير تأكيدا لما مضى من الأدلّة على الأحكام و يحتاج إلى ارتكاب التّأسى و غير ذلك و لا ريب أنّ التّأسيس أولى من التّأكيد و هذا ممّا يؤيّد عدم الاختصاص بالعهود الإلهيّة كما أشعر به كلام المورد إذ العهود الإلهيّة يعلم لزومها و عدمها من دليلها المثبت للاحكام وجوبا و تحريما و لا يحتاج إلى قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ الثّامن انّ ظاهر كلام أهل التّفسير عدم ارادة العهد و هذا من عمدة القرائن على ذلك فإنّهم و ان اختلفوا فى تفسيره و معناه لكنّهم لم يختلفوا من حيث ارادة ما سبق قبل سورة المائدة أو الأعمّ قلت فى هذا الجواب نظر ظاهر أمّا أوّلا فلمنع اتّفاق المفسّرين على عدم ارادة العهد ضرورة انّ أكثر المعانى السّتة المزبورة فى المطلب الأول حكايتها عن المفسّرين للعقود فى الآية مبنى على كون اللّام للعهد و منها عهود علىّ عليه السلام كما لا يخفى و امّا ثانيا فلانّ اتّفاق المفسّرين لا يغنى من الحقّ شيئا التاسع انّ اطباق الأصحاب على التمسّك بها يكشف عن عموم الآية و عدم كون ما يتخيّل كونه صارفا صارفا فلا وجه للتمسّك بمجرّد الاحتمال البارد و ما ذكره من كون ما بعد الآية مضعفا لعمومه ان اعتمد فى ذلك على مقتضى العرف و اللّغة فأى قاعدة تدلّ على ذلك إذ ذكر بعض افراد العموم بعده لا يوجب انحصاره فيه بل يدلّ على دخوله فيه جزما كما لا يخفى على من لاحظ العرف مضافا إلى انّ ظاهر كلامه احتمال الحمل على ما سبق بل ظهوره فكيف يعقل انحصاره فيما ذكر بعده من الأحكام القليلة و هذا مما يدلّ على ضعف الكلام السّابق فإنّه مخرج عن ارادة العهد بما سبق لدلالة ذكر هذه الأحكام بعده على دخولها فى العموم جزما و إذا تعدّينا عن المعهود إلى غير المعهود كشف عن عدم ارادة العهد و لا فارق بين افراد غير المعهود قلت لا يخلو هذا الجواب أيضا عن نظر يظهر بالتأمّل رابعها ما حكاه الفاضل المذكور من انّه لو حمل الآية الشريفة على العموم لزم الجمع فيها بين إرادة التأكيد و التأسيس إذ لا ريب فى انّ كون افراد العقود واجب الوفاء به ركنا معلوما قبل نزول الآية فيصير بالنّسبة إلى ذلك البعض تأكيدا أو بالنسبة إلى ما عداه تأسيسا و هو غير جائز إذ ما دلّ على عدم جواز استعمال المشترك فى أكثر من معنى يدلّ على عدم جواز هذا (- أيضا-) فلا بدّ امّا من الحمل على التّأكيد أو التّأسيس فلا عموم و حمله على باب التأسى (- أيضا-) خلاف الأصل كالتّخصيص فالترجيح يحتاج إلى دليل قلت مجمل الجواب منع عدم جواز الجمع بين إرادتى التأكيد و التّأسيس إذ هو (- ح-)

ص: ١١

من قبيل ذكر العام بعد الخاص و هو غير مستبشع و لا دليل على منعه و توضيح الجواب ما ذكره هو (- ره-) من انّ ما دلّ على المنع من استعمال المشترك فى معنييه امّا عدم ثبوت الاستعمال و هو فيما نحن فيه ثابت و لا يمكن إنكاره ظاهرا و امّا لزوم التّناقض لو أدخلنا الوحدة و هو هنا غير موجود و ليس كون شىء تأكيدا و تأسيسا منحلّا إلى معنيين حتّى يمنع منه و لم نجد مانعا من ذلك فعلى المستدلّ البيان و وقوعه عند أهل العرف كاف فى صحّته و لا يصغى إلى قيام الدليل بعدم جوازه مع انّا نقول نحمله على التأكيد بقرينة ما مرّ من كلامه من سبق أكثر الأحكام و ندّعى دخول محلّ بحث الأصحاب تحته للعلم بغلبة وقوع العقود و عدم إمكان تأخير حكمه إلى أخر أيّام النّبى صلّى اللّه عليه و آله حتّى يعلم بسورة المائدة فيصير المشكوك فيه داخلا تحت الدّليل مرّتين أو نقول غاية الأمر الإجمال فى كونه تأكيدا أو تأسيسا ابتداء فنقول هذا لا يضرّ فى إثبات صحة العقود المشكوكة لأنّا نقول إن كان هذا المشكوك فيه ممّا علم وجوب الوفاء به قبل هذه الآية فهو صحيح و إن كان لم يعلم قبل ذلك فهو داخل فى الآية لأنّها تأسيس على الظّاهر و هو اولى من التّأكيد فيكون المشكوك فيه معلوم الصّحة أمّا بالآية أو قبلها و هو المطلوب خامسها ما حكاه الفاضل المتقدّم ذكره أيضا من انّ العقد هو العهد الموثّق فعلى فرض العموم يدلّ على صحة كلّ عقد موثّق و العقد الفقهى ما لم يثبت صحّته و لزومه فهو غير موثّق و اللّازم من ذلك (- ح-) الدّور لتوقّف إثبات الصحة شرعا بالآية على ثبوت الاستيثاق فى العقد المشكوك و توقّف ثبوته على ثبوت الصحّة و اللّزوم الشّرعى إذ ما عداه غير موثّق و لو سلّم حصول التوثيق بالعرف أيضا من دون حاجة إلى شرع نقول أيضا هذا لا ينفع فى مقام الاستدلال إذ المقصود إثبات صحّة كلّ عقد معروف أو غيره و ليس فى شىء من ذلك استيثاق و مجرّد بناء المتعاقدين على عدم الفسخ لا يجعل ذلك موثقا لانّ ذلك انّما هو معنى أصل العهد فانّ المراد به العزم على الإتيان دون الفسخ فما لم يثبت استيثاق لا يدخل فى الآية و انّى للمستدلّ بإثباته ثمّ انّه أجاب أوّلا بانّ من فسّر العقد بالعهد المؤكّد صرّح بدخول عقود النّاس فيه فهو كاشف عن ارادته من التّوثيق معنى هو موجود فيها و الا لم يصرّح بدخولها و ثانيا بأنّه معارض بذكر أهل التّفسير و كثير من أهل اللغة دخول البيع و نظائر ذلك تحت العقد من دون إشارة إلى كون الدّخول من جهة لزومه الموجب للتّوثيق و ثالثا بانّ تصريح أهل التفسير على العموم قرينة على عدم ارادة التوثيق بما ذكروا رابعا بأنّه قد ذكر فى الأخبار إطلاق العقد على هذه العقود المعروفة غالبا و هو كاشف عن دخولها تحت العقود فى الآية من دون حاجة إلى اعتبار معنى التوثيق أو كفاية ما هو المعتبر فى العقد فى حصوله و خامسا بانّ العهد لمّا كان يتحقّق من جانب واحد فيكون من الجانبين وثوقا عرفا إذ لا ريب فى انّ ما هو من الطّرفين أوثق ممّا هو من الواحد و هو موجود فى العقود كلّها و إلى هذا المعنى يشير قول بعض أهل اللّغة انّ العهد يصير من جانب و العقد لا يكون الّا بين اثنين و سادسا بانّ التوثيق ليس إلّا التّأكيد و المبالغة و لا ريب انّ حقيقة العهد ليست الّا الالتزام و هو يوجد بعقد القلب من دون حاجة إلى شىء أخر و العقود الفقهيّة يراد فيها الألفاظ بالصّيغ الخاصّة الجامعة لصراحة الدّلالة و غيرها ممّا اعتبر فيها و ان هذا الّا توثيق العهد الصّادق بمجرّد النية بلا شبهة فالمناقشة فى كون العقود الفقهيّة عقدا لغة موهون جدّا سيّما مع إطلاق بعض أهل اللغة كونه بمعنى العهد أو الرّبط بين شيئين فتدبّر قلت للخصم رمى الأجوبة الأربعة الأولى بسهم واحد و هو انّ البيع و نحوه من العقود المتعارفة ممّا علم استيثاقه من الأدلّة الشرعيّة فلا وجه لقياس ما لم يعلم استيثاقه عليها نعم الجوابان الأخيران لا بأس بهما ظاهرا فتدبر جيّدا سادسها ما حكاه الفاضل المذكور أيضا من انّ العقد إذا صار بمعنى العهد فنقول للعهد معان كثيرة منها الوصيّة و الأمر و اليمين و غير ذلك و ما نحن بصدد إثباته ليس داخلا فى شىء من ذلك و لو سلّم ان يكون للعهد معنى يشمل المبحوث عنه فإرادته منه فى الآية غير معلومة فيمكن ان

يراد الوصايا الإلهيّة الموثّقة أو التكاليف اللّازمة أو يراد مطلق الوصايا أو يراد الأوامر و الأيمان و الضّمانات و أقول مجمل الجواب انّك قد سمعت من أهل اللّغة إطلاق العقد على عقد البيع و العهد و اليمين و ذلك يكفينا فى الاستدلال بعموم الآية و الجواب تفصيلا ما ذكره الفاضل المذكور بقوله و أنت خبير بانّ هذا الكلام من الوهن بمكان أمّا أوّلا فلانّ تفسير أهل اللّغة العقد بمعنى العهد

لا يجعله قابلا لهذه الشقوق إذ هذا الكلام انّما هو فيما لو أطلق لفظ العهد و بينهما فرق عميق و امّا ثانيا فلانّ المفسّرين له بمعنى العهد ادخلوا فيه العقود الفقهيّة كما ذكر فى عبارة أهل اللّغة و عبائر أهل التّفسير فلا وجه للرّمى بالإجمال و امّا ثالثا فلانّ عدّ هذه الأمور معانى للعهد ممنوع إذ كلّها مندرج تحت معنى عامّ هو المسمّى بالعهد و ليس مشتركا لفظيّا حتّى يقع الإجمال و لا يخفى كونه مشتركا معنويّا على من له ربط بطريقة أهل اللّغة و العرف و انس بضوابط أهل الاشتقاق فاللائق ارادة كلّ ما هو عهد و إلزام و التزام و توطئة و تمهيد و هو شامل لسائر ما ذكره كما يشمل كل العقود هذا مع ما فى كلام أهل التفسير و كلمة الأصحاب من الشّهادة على دخول العقود الفقهية فى الآية المرجح لهذا الاحتمال المخرج عن الإجمال سابعها ما حكاه هو (- ره-) أيضا من انّ العقد على ما علم من اللّغة هو الجمع بين شيئين بحيث يعسر الانفصال فاذا كان هو المعنى الحقيقى فيكون المراد فى الآية معناه المجازى فيتّسع دائرة الكلام و مجال الجدال فى الآية كما لا يخفى و أجاب عنه بانّ العقد فى كلامهم انّما هو العهد كما عرفت أو مطلق الرّبط بحيث يشمل المحسوس و غيره و لو فرض اختصاصه بما ذكره فنقول لا ريب انّ الآية لا يراد بها انّ الأشياء الّتى جمعتم بينها و اوصلتم بعضها ببعض لا تفضلوا بينها إذ هذا لا ربط له بمنصب الشّرع و ليس مراد اللّه تعالى انّ من وصل حبلا بحبل أو بعيرا بحمار أو خشبا بجدار يحرم ان يفصل بينهما الّا ان يراد بها أقرب المجازات و ليس الّا ارتباط المعاملات و الشروط و نحو ذلك و ما قبله العباد من الالتزام بالتكاليف الإلهية و الرّوابط المجعولة بين الصّانع و بين مخلوقاته و هو شامل لمحلّ البحث و يؤيّده اطباق كلمة المفسّرين على هذا المعنى فى الجملة فلا مجال للتكلم فى الآية بما يوجب نقضا فى الدّلالة فلا تذهل ثامنها ما صدر من بعض مشايخ العصر (- قدّه-) من انّ الملكيّة واقعا تنقسم إلى مستقرّة و متزلزلة و قد جعل الشّارع لكلّ منهما سببا و عقدا خاصّا و ليس فى الواقع سبب يقتضى الملكيّة المطلقة و (- ح-) فان كان مدلول العقد و مسبّبه و أثره عرفا هى الملكية المستقرّة كان أخذه منه بغير رضاه نقضا لمقتضى العقد و حراما و إن كان مدلوله و أثره و مسبّبه الملكيّة المتزلزلة لم يكن ذلك (- ككـ-) و ان جهل المعرف مدلوله الواقعى مع الجزم بإفادته للملك فى الجملة فلا محيص عن توقّفهم عن كونه ذلك نقضا أو ليس بنقض و دعوى القطع بانّ المدلول العقد مع قطع النّظر عن الشّرع انّما هى الملكيّة المستقرّة فيتعيّن الأوّل و يتمّ المطلوب ممّا لا ينبغى الإصغاء إليها كما لا يخفى على من راجع وجدانه و أنصف من نفسه ثمّ استشهد على مرامه بالأخبار المفسّرة للعقد فى الآية بالعهد بتقريب عدم

ص: ۱۲

العهـد عرفا على البيع و انّه لا عبرة بالصّدق لغة و أنت خبير بما فيه فانّ إنكار صدق العهد على العقد عرفا فى غاية الوهن و السّقوط و لو سلم فالصّدق لغة كاف بعد كون الحقّ تقدّم اللّغة عند تعارضها مع عرف زماننا لأصالة عدم النقل و دعوى تقدّم العرف نظرا إلى أصالة تشابه الأزمان الحاكمة على أصالة عدم النّقل لا وجه لها إذ لا دليل على اعتبار الأصل المذكور مضافا إلى انّ ما يحكيه اللغويّون انّما يحكونه من محاورات أهل زمانهم و ما قارب ذلك فيقدّم و امّا ما ذكره من انقسام الملكيّة إلى مستقرة و متزلزلة (- اه-) ففيه انّ التزلزل انّما ظهر من حكم الشّارع فى جملة من العقود بجواز الفسخ من غير رضا المالك فيكون دليله مخصّصا لعموم وجوب الوفاء بالعقد و من البين انّ الشكّ فى كون عقد متزلزلا مرجعه إلى ورود تخصيص أخر على عموم الآية و لا ريب فى كون المحكم (- ح-) أصالة العموم بالنّسبة إلى المشكوك فلا تذهل هذا يا أخى ما وسعنى من إيراد ما يتعلّق بتحقيق الحال فى التمسّك بالآية وفّقنا اللّه تعالى و إيّاك لما يحبّ و يرضى

قوله طاب ثراه فإنّ حلّية البيع الّتى لا يراد منها الّا حلّية التصرّفات (- اه-)

نوقش فى ذلك بأنّه لا دلالة للاية الّا على مجرّد حلّية البيع بمعنى التّمليك و التملّك و لا تعرض فيها لحلّية التصرّف بعد البيع حتى تشمل بإطلاقها ما كان بعد الفسخ و فيه انّ مدّعى المصنف (- ره-) انّ لازم حلّية البيع حلّية التصرّفات إذ لا معنى لحرمة نفس البيع حتى تنساق الآية لإثبات حلّية لكن الإنصاف أنّ الآية انّما سيقت لمجرّد إمضاء البيع فى قبال تحريم الرّبا فلا نظر فيها إلى تحليل التصرّفات عموما لتشمل بإطلاقها للتصرف بعد الفسخ فتدبّر

قوله طاب ثراه و منه يظهر وجه الاستدلال على اللّزوم بإطلاق حلّية أكل المال (- اه-)

ربّما نوقش فى ذلك بأنها و ان دلّت على حلّية التصرّفات الّا انّه لا إطلاق لها بحيث يشمل التصرّف بعد الفسخ بل انّما وردت لبيان مجرّد كون الأكل بالتجارة حلالا و فى عبارة الماتن (- ره-) الآتية و هى قوله لكن يمكن ان يقال إشارة إلى هذه المناقشة

قوله طاب ثراه فدلالة الآيات الثلث على أصالة اللّزوم على نهج واحد

الوجه فى كون دلالتها جميعا على نهج واحد دلالتها جميعا على كون التّصرف الواقع بعد فسخ أحدهما بدون رضى الأخر ماضيا

قوله طاب ثراه لكن يمكن ان يقال (- اه-)

لمّا بين وجه الاستدلال بالآيات الثّلث أراد الإشارة إلى إمكان التّفرقة بين الأولى و الأخيرتين بأنّ الأولى إنّما وردت فى مقام إعطاء القاعدة و لهذا تضمنت صيغة الأمر و صيغة العموم بخلاف الأخيرتين فإنّهما إنّما سيقتا لبيان مشروعيّة البيع فى الجملة كما يدلّ عليه مقابلته فى اولى الأخيرتين بتحريم الرّبا فحاصل الآيتين هو مجرّد بيان ان التصرّفات المترتّبة على البيع مشروعة محلّلة و ترتيب الآثار على التّجارة غير منهى عنه و امّا انّ هذا الحكم قد ورد فى مقام إعطاء القاعدة و بيان انّ كلّ تصرف مباح سواء كان بعد فسخ أحدهما بدون رضى الأخر أو قبله فالظّاهر خلافه فلا يبقى وجه للتمسّك بإطلاقهما بالنّسبة إلى الحالات فينحصر المستند فى الاستصحاب كما أفاد ذلك فى غاية الآمال

قوله طاب ثراه دلّ على حرمة الأكل بكلّ وجه يسمّى باطلا عرفا (- اه-)

فيه انّ حكم العرف ببطلان أخذ البائع المبيع من المشترى من دون رضاه فرع علمهم بثبوت الملكيّة المستقرّة فالاستدلال بالفرع على الأصل لا وجه له و لا مجال لتوهم اتباع حكمهم بالاستقرار النّاشى من حكمهم بالبطلان ضرورة قصر اعتبار حكمهم بما يتعلّق بفهم الألفاظ من باب ما أرسلنا رسولا الّا بلسان قومه دون مثل ذلك و بالجملة فحكم العرف بالبطلان مطلقا حتى مع عدم الحكم باستقرار الملك بالإنشاء السّابق مما لا مجال له و امّا مع حكمهم بالاستقرار فلا يسمع قولهم فى تميز كون العقد الفلانى موجبا لاستقرار الملك و الأخر لتزلزله هذا و قد يقال انّ المتبادر من الباطل انّما هو الباطل الواقعى لا العرفى مع قطع النّظر عن الواقع الّا انّ النّهى عنه مع عدم علم المخاطب به مستلزم للنّهى عن جميع محتملاته الّا مع العلم برخصة الشّارع كما فى التجارة و نحوها و لا علم بها مع

الشك فی اللّزوم و الجواز بمجرّد فسخ احد المتعاقدين بدون رضا الأخر فيحكم بالمنع منه ظاهر أو ذلك كاف فی إثبات أصالة اللّزوم ظاهرا علی نحو ثبوتها بالاستصحاب لكن قد يجاب بانّ غرضهم هو إثبات أصالة اللّزوم واقعا لا ظاهرا فتأمّل جيّدا

قوله طاب ثراه و مما ذكرنا يظهر وجه الاستدلال بقوله ممّا لا يحلّ (– اه–)

وجه الظّهور انّه دلّ علی حرمة كلّ تصرّف فی مال الغير لا تطيب نفس صاحب المال بذلك و لا ريب فی انتقال المبيع إلی المشتری و الثّمن فی مال الغير إلی البائع فيحرم تصرّف كلّ منهما فيما انتقل عنه ما لم تطب نفس صاحبه به و منها التصرّف بعد الفسخ

قوله طاب ثراه و منها قوله تعالی النّاس مسلطون (– اه–)

ربّما نوقش فی دلالة الرّواية بأنّها إنما سيقت لبيان حكم أخر و هو انّ لصاحب المال التصرّف فيه بأنواع التصرفات المباحة ما دام ماله و اين ذلك من انّه ليس لغيره ان يخرجه من ملكه و لا منافاة بينهما أصلا و رأسا نعم لا يجوز لغيره التصرّف فيه بمجرّد قوله فسخت الّا ان يثبت كونه سببا شرعيّا فی خروجه عنه و دخوله فی ملكه و أنت خبير بانّ ما ذكره اعتراف بالمطلب من حيث لا يشعر فانّ ما ذكره من عدم جواز التصرّف لغيره بمجرّد إنشاء الفسخ ما لم يثبت سببيّته شرعا للخروج عن ملكه عين المدّعی كما لا يخفی علی المتأمّل

قوله طاب ثراه و لكن لا يبعد منع صدق الشّرط فی الالتزامات الابتدائيّة بل المتبادر عرفا هو الإلزام التّابع (– اه–)

لا يخفی عليك انّه يردّ ما ذكره هنا ما ذكره فی أوّل مبحث الشروط من كون الشّرط مشتركا معنويّا بين الابتدائی و الضّمنی فراجع و تدبّر حتی يظهر لک ما بين كلاميه من المنافاة

قوله طاب ثراه حتی فی مثل قوله فی دعاء التّوبة (– اه–)

أراد بذلك دعاء التّوبة من أدعية الصّحيفة السّجاديّة حيث قال عليه الصّلوة و السّلام فيه فاقبل توبتی كما وعدت و اعف عن سيّئاتی كما ضمنت و أوجب لی محبّتك كما شرطت و لک يا ربّ شرطی ان لا أعود فی مكروهك و ضمانی ان لا أرجع فی مذمومك و عهدی ان أهجر جميع معاصيك فانّ المراد بقوله كما شرطت ای كما شرطت محبّتك فی ضمن ضمانك العفو عن سيّئات التّائب و المراد بقوله عليه السّلام و لک يا ربّ شرطی ای التزامی فی ضمن التّوبة لكن فی الاستشهاد المذكور نظر إذ لا دلالة فی ذلك الّا علی استعمال الشّرط فی الإلزام التّابع و ذلك مسلّم و اين ذلك من مطلوبه و هو عدم استعماله فی الإلزام الابتدائی مع انّ مقتضی مدّعاه اعتبار كون الالتزام فی ضمن البيع و نحوه و المستعمل فی الدّعاء انّما هو مجرّد ربط الالتزام بغيره و ذلك أعمّ ممّا فی القاموس

قوله طاب ثراه و قوله عليه السّلام فی أوّل دعاء النّدبة (– اه–)

ما قبل العبارة هكذا اللهمّ لك الحمد علی ما جری به قضاؤك فی أوليائك الّذين استخلصتهم لنفسك و دينك إذ اخترت لهم جزيل ما عندك من النّعيم المقيم الّذی لا زوال له و لا اضمحلال بعد ان شرطت عليهم الزّهد فی درجات هذه الدّنيا الدنيّة و زخرفها و زبرجها فشرطوا لک ذلك وجه الدّلالة ان قال ما ذكره عليه السلام إلی انّ اللّه عزّ و جل قال لعباده من زهد فی هذه الدّنيا أعطيه النّعيم المقيم فألزمهم بالزّهد فی ضمن الوعد بإعطاء النّعيم المقيم و انّ العباد أجابوا ربّهم بطلب النّعيم المقيم و التزموا تبعا لطلبهم

ص: ۱۳

بالزّهد فى هذه الدّنيا و الجواب عن هذه الفقرة على نحو الجواب عن سابقتها

قوله طاب ثراه و منها الأخبار المستفيضة (- اه-)

وجه الدلالة ظاهر فانّ نفس إثبات الخيار بالأسباب الخاصّة تدلّ على انّه لولاها لكان العقد لازما و تأمّل بعض مشايخ العصر (- قده-) فى دلالتها لعلّه فى غير علّة كما لا يخفى على المتأمل المنصف و ربّما ناقش بعضهم بانّ دلالتها على وجوب البيع و انّه لا خيار لهما بعد الرّضا انّما هو بلحاظ ما هو بمقتضى نفس البيع لا للأمور العارضة أحيانا من غبن و عيب و نحوهما و لأجل هذا لا يكون أدلّة سائر الخيارات مخصّصة لها و فيه انّ الاعتراف بكون اللّزوم هو مقتضى نفس البيع كاف فى إثبات المطلوب لتوقّف الخروج عن ذلك المقتضى فى مورد عروض العارض على قيام الدّليل على كون ذلك العارض سببا لتزلزل العقد كما لا يخفى

قوله طاب ثراه فهذه جملة من العمومات (- اه-)

ربّما حكى عن بعض اجلّة الفقهاء (- رض-) التمسّك لأصالة اللّزوم بأنّه لو لا انّ بناء العقد على اللزوم لاختلّ نظام العالم و انهدم أساس عيش بنى أدم قال و هل تقدر على إنكار الاختلال فيما لو سلّطت الزّوجة مثلا على فسخ عقد النّكاح فى جميع الأحوال و هل يجوز انهدام أساس العيش فى ابتلاء النّاس بأنواع القتال و الغيظ و الطّيش لو لم يقدروا على إبقاء ما انتقل إليهم بالعقود فى ملكهم من المناكح و الملابس و المساكن و المأكل و المشارب و غير ذلك انتهى قلت لزوم الاختلال فى بعض الموارد لا يثبت الكلّية بل اللّازم هو القصر على مورد الاختلال و غرضنا إثبات الكلّية فلا وجه لهذا الاستدلال

قوله طاب ثراه و ربما يقال انّ مقتضى الاستصحاب (- اه-)

حاصله انّ الشكّ فى ارتفاع اثر العقد بفسخ أحدهما ناش من الشك فى انّ المنتقل من أحدهما إلى الأخر هل هى السّلطنة التامة على العين بحيث لم يبق له فى العين أصلا حتّى علقة الاسترجاع بالفسخ أم لا بل المنتقل انّما هى السّلطنة فى الجملة مع بقاء علاقة للمالك فى العين يسترجعها حيث ما أراد بالفسخ فاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك الأوّل بالمرّة سببى حاكم على استصحاب بقاء اثر العقد بعد فسخ المنتقل منه

قوله طاب و رد بأنّه ان أريد بقاء علاقة (- اه-)

محصله انّ سلطنة المالك السّابقة الموجبة لتسلّطه بواسطتها على سائر التصرّفات السّائغة قد أزيلت بحدوث السبب النّاقل لها منه إلى المنقول اليه قطعا و لا دليل على جواز وجه عن وجوه التصرّف و إن كان فسخا باعتبار وجودها قبل حدوث السبب كما لا دليل على حدوث سلطنة جديدة بملاحظتها أو بدونها فلا يتصوّر موضوع للاستصحاب حتّى يكون حاكما على الاستصحاب اثر السبب الشّرعى

قوله طاب ثراه فهذه علاقة يستحيل اجتماعها (- اه-)

أراد بذلك ان سلطنة إعادة العين فى ملكه لا تجتمع مع الملك لأنّ الإعادة إنّما تفرض بعد الزّوال و السّلطنة بعد زوال الملك لم تثبت سابقا حتى تستصحب و السّلطنة على الفسخ الثّابتة فى المجلس قد زالت بانقضاء المجلس

قوله طاب ثراه فتأمّل

وجه الأمر بالتّأمل انّه كما لا وجه مع تواتر الأخبار بانقطاع الخيار بالافتراق للرّجوع إلى استصحاب عدم انقطاع علاقة المالك من العين فكذا لا وجه للرّجوع إلى استصحاب المقتضى للّزوم و إن كان موافقا له فى المقتضى لأنّ الدّليل الاجتهادى كما يرفع حكم الأصل المخالف له فكذا يسقط الأصل الموافق عن درجة الحجية فكان الأولى ان يقول انّه لا يجدى استصحاب العلاقة الّتى كانت فى مجلس البيع بعد معلوميّة كون ثبوت تلك العلاقة بحكم الدّليل النّاطق بثبوتها مشروطا بعدم الافتراق بل قد يقال انّ الاستصحاب لا يجدى حتّى مع الشك فى اشتراط عدم الافتراق أيضا نظرا إلى انّ المستصحب إذا كان تيقّن ثبوته منوطا بإحدى جهتين لا على التعيين فزالت إحديهما لا يجوز استصحابه لسريان الشكّ إلى الابتداء

قوله طاب ثراه نعم هو حسن فى خصوص المسابقة و شبهه (– اه–)

قد يورد عليه بمنع الحسن حتّى بالنّسبة إلى المسابقة و شبهها نظرا إلى انّ كلّ عقد حتّى عقد المسابقة لا بدّ ان يكون له أثر فإذا شكّ فى بقاء ذلك الأثر بعد فسخ أحدهما كان الأصل بقاء ذلك الأثر و عدم زواله فلا وجه للتفرقة بين ما يكون أثره الملك و بين غيره لعدم اختصاص جريان الاستصحاب بما إذا كان الأثر هو الملك بل هو جار بالنّسبة إلى سائر الاثار أيضا

قوله طاب ثراه بناء على انّ المرجع (– اه–)

يعنى انّ التمسّك بالعمومات المزبورة لإثبات انّ العقد الخارجى الفلانى من مصاديق العقد اللازم مبنى على تجويز التمسّك بالعمومات فى الشبهات المصداقيّة فمن أجاز ذلك أجاز التمسّك هنا و من منع هناك من ذلك و انحصر سبيله فى التمسّك بالاستصحاب و نحن قد نقحنا فى الأصول عدم الجواز نظرا إلى انّ التمسّك بالعموم انّما هو بمعونة أصالتى العموم و الحقيقة فإذا علمنا بورود التّخصيص و شككنا فى كون شىء من افراد العامّ أو المخصّص لم يكن لأصالة العموم مجرى لانّ كونه من افراد الخاصّ لا يوجب تخصيصها زائدا فى العامّ حتى ينفى بالأصل و توضيح ذلك يطلب من محلّه

قوله طاب ثراه كما إذا شكّ فى انّ الواقع هبة أو صدقة فانّ الأصل عدم قصد القربة (– اه–)

ربّما ذكر فقيه آل يس (– قدّه–) انّ هذا مبنى على كون الهبة أعمّ من الصّدقة كما حكى عن (– كرة–) و (– لك–) فانّ صدور العقد المملّك على هذا التّقدير يكون معلوما و انّما يشكّ فى الأمر الزّائد الموجب لزومها فينفى بالأصل (– ح–) و امّا بناء على انّهما نوعان متغايران فلا يتجه ما ذكره (– قدّه–) لأنّ الأصل المذكور غير قابل لتعيين أحدهما بل المعيّن (– ح–) بناء على تعميم العامّ المفرد المشكوك فى خروجه عنه و اندراجه فى الخاصّ هو الحكم فى المقام بلزومه بناء على انّ عموم العقود فى الآية المنظور هنا انّما هو بحسب الأفراد لا الأنواع و لا يحكم بكونه هبة جائزة بل يحكم بانقطاع سلطنة الدافع للمال عنه و عدم برّه به لو كان ناذرا للهبة كما لا يحكم بكونه صدقة بحيث يرتّب عليه لوازمها هذا كلامه (– قدّه–) و لم افهم له معنى محصّلا لأنّ الصّدقة و الهبة و ان كانتا نوعين يعتبر فى الأولى قصد القربة دون الثانية الّا انّ تغايرهما لا يقدح بعد كون الفارق بينهما اعتبار القربة و عدم اعتبارها فإنّه حينئذ يمكن تعيين كونها هبة بأصالة عدم قصد القربة لكن الإنصاف تماميّة ما ذكره لانّه إن كانت الهبة أعمّ من الصّدقة كان وقوع الهبة المطلقة معلوما و يرجع الشك إلى صدور قصد القربة حتى تكون قسما خاصّا من الهبة أم لا فإنّ أصالة عدم قصد القربة تنفى وقوع القصد فيؤخذ بالقدر المعلوم بخلاف ما لو كانتا متباينتين فانّ نفى قصد القربة بالأصل لا يثبت كون الواقع هبة لأنّ الأصول الشرعية لا تثبت اللوازم العقلية و العادية كما برهن على ذلك فى محلّه و قد مرّ عدم حجيّة العام فى تميز الشّبهات المصداقيّة نعم قد يناقش فى ما ذكره الماتن (– ره–) من الأصل بمعارضة أصالة عدم قصد القربة بأصالة عدم قصد غيرها و قد يجاب بأنّ الأصلين إذا تعارضا و كان أحدهما ذا اثر دون الأخر كان الحكم لذى الأثر و سقط غيره عن الاعتبار و أصالة عدم قصد القربة هنا ذات اثر و هو عدم اللزوم دون أصالة عدم قصد غير القربة فإنّها لا اثر لها و ذلك لانّ اللّزوم قد رتّب شرعا على قصد القربة و لم يرتّب الجواز على قصد غير القربة فأصالة عدم قصد غير القربة

ص: ۱۴

لا اثر لها حتّى تعارض أصالة عدم قصد القربة

قوله طاب ثراه لكن الاستصحاب المذكور انّما ينفع (- اه-)

لمّا بين انحصار مستند أصالة اللّزوم عند الشك فى المصداق فى الاستصحاب بناء على عدم حجية العام فى تميز الشّبهات المصداقية أراد ان يشير إلى الفرق بين ما إذا كان مستند أصالة اللّزوم هو العموم و بين ما إذا كان مستنده هو الاستصحاب و حاصل الفرق انّ العام بناء على حجيته فى تميز المصاديق ينفع فى تعيين العقد اللّازم أيضا بخلاف الاستصحاب فإنّه لا ينفع إلّا فى إثبات صفة اللزوم و لا يعين العقد اللّازم الّا على القول بحجّية الأصول المثبتة

قوله طاب ثراه فاذا شكّ فى اشتغال الذمة بالعوض حكم بالبراءة (- اه-)

قد يناقش فى ذلك بانّ مقتضى أصالة احترام مال المسلم هو استحقاق العوض كما فى صورة الاختلاف فى المال المدفوع بعد عروض تلفه من دون تعدّ و لا تفريط بين المالك و بين القابض بدعوى المالك كونه قرضا و دعوى القابض كونه أمانة فإنّه مع عدم البينة يحكم على القابض بأدائه على احد القولين تمسّكا امّا بعموم على اليد أو بالأصالة المذكورة و مع جريان الأصالة المذكورة لا يبقى لأصالة البراءة محلّ أصلا بل قد يقال انّه لا مجرى للأصل هنا بعد العلم إجمالا إمّا باستحقاق الفاسخ المعوّض إن كان العقد هبة أو العوض إن كان بيعا فتأمّل

قوله طاب ثراه و إذا شكّ فى الضّمان مع فساد العقد حكم بالضمان لعموم على اليد إن كان هو المستند فى الضمان بالعقود الفاسدة (- اه-)

قال الشيخ الوالد العلّامة جعلنى اللّه (- تع-) فدائه انّ هذا مبنى على القول بانّ العمومات المخصّصة ترفع الشّبهة عن المصاديق عند الشك فى دخولها فى عنوان المخصّص أو دخولها فى ما بقى من عنوان العام فكلامه (- قدّه-) هذا فى قوّة ان يقال حكم بالضّمان لعموم على اليد إن كان هو المستند فى الضّمان بالعقود الفاسدة و قلنا بانّ خروج بعض افراد اليد عن تحت ذلك العموم كيد الموهوب له لا يمنع عن الرّجوع اليه عند تردّد بعض مصاديقها بين يد الضّمان كيد القابض بالسّوم و غيرها كيد المتهب و المستودع و المستعير و الدليل على ما ذكرناه من التقييد قوله (- ره-) و إن كان المستند دخوله فى ضمان العين أو قلنا بانّ خروج الهبة من ذلك العموم مانع من الرّجوع اليه فيما احتمل كونه مصداقا لهما كان الأصل البراءة أيضا أى كما لو شكّ فى اشتغال الذّمة بالعوض هذا كلالة دام ظلاله و ما ذكره موجّه متين بقى هنا أمران لم يتعرّض لهما الماتن (- ره-) و نبّه عليهما فقيه آل يس (- قده-) الأوّل انّ اللّزوم و الجواز الثابتين لمحلّهما من العقود بالأصل أو بالعارض من طرفين أو من طرف واحد على ضربين أحدهما ما يجوز انقلابه إلى ضده باشتراط خيار رافع للّزوم فى اللّازم أو اشتراط القرار و عدم الفسخ فى ضمن عقد لازم الرّافع للجواز فى الجائز ثانيهما ما لا يجوز فيه ذلك كالصدقة و الوقف و الضّابط انّ كلّ ما يعتبر فى صحّته قصد التقرّب إلى اللّه تعالى للنّصوص المصرّحة بانّ ما كان للّه لا رجوع فيه فلا يصحّ اشتراط الخيار فى شيء من هذه الأمور بل و فى سائر الإيقاعات كالطّلاق و الرّجعة بالنّكاح بعده و العتق إلى غير ذلك الثانى انّه يجوز اجتماع اللّزوم و الجواز فى عقد واحد كما فى الرّهن فإنّه لازم من طرف الرّاهن و جائز من طرف المرتهن و (- ككـ-) الهبة فإنّها لازمة فى حقّ المتّهب جائزة فى حقّ الواهب و حكى قول فى الهبة و الرّهن بالإلحاق بالجائز لإمكان الفسخ و لو بواسطة أحد الطّرفين و هو المرتهن و الواهب فى المثالين و ردّ بان الفعل المشترك بين اثنين بمنزلة فعلين متعدّدين فلا يمنع اتّصافه باللّزوم بملاحظة أحدهما و بالجواز بملاحظة الأخر كما فيما شرط فيه الخيار لأحدهما خاصّة فى البيع و نحوه و بالجملة الأسباب الشرعية المتصفة باللّزوم المطلق ذاتا أو عارضا ما عدى المشروط صحّته بالتّقرب اليه تعالى و ما جرى مجراه لا إشكال فى قابليّتها لتعلّق الجواز بها بخيار حكمى أو مجعول من طرف المتعاقدين لأحدهما خاصّة أو لكلّ واحد و (- ككـ-) اللّازم من جانب واحد إذا كان محلّ الخيار ذلك الّا ان يكون منافيا لمقتضى العقد كما فى الرّهن فإنّه لا يبعد ان يقال بمنعه من جانب الرّاهن لانّه مناف

لمقتضی الرّهن الّذی علم انّ الغرض من مشروعیّته استیثاق الرّاهن علی حقّه من الدّین و امّا المتّصفة بالجواز کالمعاطاة بناء علی انّها بیع مثلا غیر لازم فلا مانع من تعمیم أسباب الخیارات لها من مجلس و غبن و عیب بناء علی انّ الأسباب الشّرعیّة معرفات لا علل حقیقیّة و یصحّ اشتراط الخیار فیها علی تقدیر عروض اللّزوم لها أو مطلقا لأجل التسلّط علی الفسخ عند الحاجة الیه أو لأجل انتقاله إلی الوارث فانّ الجواز الحکمی الثابت فی الهبة مثلا أو المعاطاة لا یتعلّق به الإرث بعد فرض انه محض حکم شرعیّ و لذا لا یسقط بالإسقاط بخلاف الخیار المشروط مثلا فإنّه حقّ مخلوقیّ صالح لان یورث و امّا المشکوک منها من حیث الجواز و اللزوم کالقرض و المسابقة فلا إشکال فی جواز إثبات الخیار فیها لفائدة تحصیل الجزم بثبوت التسلّط علی الفسخ فیکون عمله موافقا للاحتیاط و یجری الکلام فی المعاطاة بناء علی احتمال اللزوم فیها

[القول فی أقسام الخیار]

اشارة

قوله طاب ثراه و قد أنهاها بعضهم إلی أزید من ذلک (- اه-)
أقول قد اختلفت امذقة المصنّفین فی تعداد الخیار فعدّها المحقّق فی (- یع-) خمسة خیار المجلس و خیار الحیوان و خیار الشّرط و خیار الغبن و خیار التأخیر و عدها فی (- فع-) و (- عد-) و (- شاد-) و (- کرة-) و غیرها سبعة بإضافة خیار الرّویة و خیار العیب و عدّها فی (- ثق-) ثمانیة بإضافة خیار ما یفسد لیومه و خیار الرّؤیة و خیار العیب إلی الخمسة التی فی (- یع-) و عدّها فی المستند مثل (- ئق-) ثمانیة الّا انّه أبدل خیار العیب بخیار الاشتراط و عدّها فی الدّروس تسعة و فی اللّمعة أربعة عشر الخمسة الّتی فی (- یع-) و خیار ما یفسد لیومه و خیار الرّؤیة و خیار العیب و خیار التدلیس و خیار الاشتراط و خیار الشّرکة و خیار تعذّر التسلیم و خیار تبعّض الصّفقة و خیار التفلیس لکن لیس شیء من ذلک مبتیا علی الخلاف فی الثّبوت و عدمه بل هو جمع و استقصاء و اقتراح لا إیراد علی احد منهم فی اقتصاره علی عدد دون الأخر لأنّ کلّا منهم قد بیّن ما أهمل عدّه فی طیّ المباحث و ربّما اعترض الفقیه الغرویّ (- قده-) فی شرحه علی خیارات اللّمعة علی عدّ ماتنه الخیار أربعة عشر بأنّه ان بنی علی التّداخل لم تکن أربعة عشر و ان بنی علی الاختلاف فی الصّور زادت ضعف الأصل و أکثر إذ من جملتها خیار الشّفعة إذا کان الشفیع بعیدا و خیار الخیار إذا باع و کان فیه خیار لغیره و خیار المرابحة بناء علی استقلاله و خیار الواطئ إذا وطأ الجاریة مولاها و باعها ناسیا أو عاصیا لاحتمال صیرورتها أمّ ولد و خیار مستحقّ قصاص النّفس أو قصاص الطّرف من العبد و خیار مستحقّ الحد رجما أو قتلا أو مطلقا و خیار الجلّال و خیار الموطوء من الحیوان من المرکوب و خیار الکفر لضرر السّؤر و خیار المکاتب قبل تحریر بعضه لو أجزنا بیعه و خیار خوف حدوث العیب و خیار خوف التّلف لکون العبد فی الحرب أو فی محلّ الطّاعون و خیار فساد العقیدة من أهل الإسلام و خیار التنجیس إلی غیر ذلک ثمّ قال و کما یرجع کثیر ممّا ذکر إلی العیب و التّدلیس و نحو ذلک یرجع ما ذکره المصنّف (- ره-) من خیار الشّرکة و التّبعیض و نحوهما إلیها فلا وجه للحصر الّا ان یقال انّ ما ذکره أعمّ و أشمل ممّا ذکرنا

ص: ۱۵

و یرید الحصر بالنّسبة إلی ذلک و بناء الأصحاب فی هذا الباب علی ذکر أقسام الخیار العامّة البلوی الکثیرة الدّوران المتعرّض لها فی الرّوایات الّتی لا یرجع بعضها إلی بعض فمن هنا اقتصر بعضهم علی خمسة و اخرون علی ثمانیة و المصنّف (- ره-) فی (- س-) علی تسعة و الأمر فی ذلک سهل انتهی

[الأول القول فی خیار المجلس]

اشارة

قوله طاب ثراه فی مسائل خیار المجلس (- اه-)

قد اشتهر التّعبیر عن هذا القسم من الخیار فی السنة الفقهاء (- رض-) بخیار المجلس قال فی (- لک-) انّ اضافة هذا الخیار إلی المجلس اضافة إلی بعض أمکنته فانّ المجلس موضع الجلوس و لیس بمعتبر فی تحقق هذا الخیار بل المعتبر فیه مکان العقد مطلقا أو ما فی معناه و الأصل فیه قول النّبی صلّی اللّه علیه و آله البیعان بالخیار ما لم یفترقا و هو أوضح دلالة من عبارة الفقهاء الّا انه قد صار بمنزلة الحقیقة العرفیة و إن کان للتسمیة فیه خصوص لغة انتهی و أقول انّ ما ذکره من عدم اعتبار موضع الجلوس فی تحقّق هذا الخیار ممّا لا ریب فیه بل فی الرّیاض و کشف الظلام و غیرهما الإجماع علیه و کفاک فی ذلک ادارة البقاء فی النّصوص مدار عدم الافتراق من غیر إدارته مدار بقاء مجلس البیع و قد أشار بقوله أو ما فی معناه إلی کفایة عدم افتراقهما بالأبدان و ان انتقلا مصطحبین إلی مکان أخر فالمراد بما فی معناه الموضع الّذی ینتقلان الیه بعد العقد مصطحبین ثمّ ان لازم کلامه کون اضافة الخیار إلی المجلس من باب اضافة الحال إلی المحلّ و ربّما قرّر المحقّق الورع الأردبیلی (- ره-) کونها من باب اضافة المسبّب إلی السّبب حیث قال لعلّ الإضافة من قبیل اضافة المسبب إلی السّبب کما فی خیار الغبن ای خیار سبب ثبوته کون المتعاقدین فی مکان العقد أو فی حکمه مثل ان فارقاه مصطحبین انتهی و لعلّ ذلک أقرب من جعله من باب اضافة الحال إلی المحل أو مساو له و لیس بعیدا کما زعمه بعض الأواخر

قوله طاب ثراه و أراد بالمجلس مطلق مکان المتبایعین حین البیع (- اه-)

فلا یشترط فی ثبوت الخیار اجتماعهما فی مکان واحد عرفا فلو تنادیا بالبیع من مکان بعید ثبت الخیار لهما أیضا کما هو المصرّح به فی عبائر کثیر منهم کالتذکرة و (- س-) و کنز الفوائد و تعلیق و (- شاد-) و (- مع صد-) و مفتاح الکرامة و غیرها بل قیل انّه لم یعرف فیه خلاف بیننا و الأصل فی ذلک إطلاق النصوص و الفتاوی و عن بعض العامّة و هو الجوینی علی ما فی (- کرة-) انّه قد أسقطه بذلک لانّه لا یجمعهما مجلس و لمقارنة المسقط له للبیع و لانّه من الأفراد النّادرة الّتی لا ینصرف إلیها الإطلاق و ضعف الجمیع ظاهر امّا الأوّل فلظهور عدم کون المجلس مدارا للحکم و انما المدار هو کون الطّرفین متبایعین و قد حصل و امّا الثانی فلمنع کون المسقط هو البعد بل تفرقهما عن موضعهما و لم یحصل ما داما فی مکانهما و القیاس باطل و امّا الثالث فلمنع الندرة الموجبة لانصراف الإطلاق إلی غیره

قوله طاب ثراه و لا خلاف بین الإمامیّة فی ثبوت هذا الخیار (- ره-)

قد ادّعی الاتّفاق علی ذلک فی الکفایة و (- ئق-) و فی (- کرة-) انّه ذهب إلیه علمائنا و فی (- ف-) و الانتصار و مجمع الفائدة و الرّیاض و موضعین من مفتاح الکرامة و خیارات الفقیه الغرویّ و المستند و الجواهر و هدایة الأنام و غیرها انّ علیه الإجماع قال فی (- ف-) البیع ینعقد بوجود الإیجاب من البائع و القبول من المشتری لکنّه لا یلزم المتبایعین بنفس العقد بل یثبت لهما فلکلّ واحد منهما بل لکلّ منهما خیار الفسخ ما داما فی المجلس إلی ان یتفرّقا أو یتراضیا بالتّابع فی المجلس و روی هذا فی الصّحابة عن علی علیه

السّلام و عمر و عبد الله بن عبّاس و ابى هريرة و ابى بردة الأسلمى و به قال الحسن البصرى و سعيد بن المسيّب و الزهرى و عطاء و فى الفقهاء الأوزاعى و احمد و إسحاق و ذهب طائفة إلى ان البيع يلزم بمجرّد العقد و لا يثبت فيه خيار المجلس بحال ذهب إليه فى التّابعين شريح و النّخعى و فى الفقهاء مالك و أبو حنيفة و أصحابه دليلنا إجماع الفرقة انتهى بل ادّعى بعض مشايخ العصر كونه من ضروريات المذهب أو الدّين الّذى لا يقدح فيه خلاف بعض المخالفين بعد اعترافه بأنّه خلاف سيّد المرسلين صلّى اللّه عليه و آله انتهى فتأمّل

قوله طاب ثراه و النّصوص به مستفيضة (- اه-)

قد ادّعى تواترها فى الجواهر و يأتى من الماتن (- ره-) أيضا دعوى تواترها فمنها النّبوىّ المشهور البيعان بالخيار حتى يفترقا و رواه فى (- ف-) على متن أخر حيث قال و روى نافع عن ابن عمر انّ النبى صلّى اللّه عليه و آله قال المتبايعان كلّ واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يتفرّقا الّا بيع الخيار فاثبت للمتبايعين الخيار بعد تسميتهما متبايعين و كلّ اسم مشتق من فعل فإنّه يسمى به بعد وجود ذلك الفعل كالضّارب و القاتل و غير ذلك (- فكذلك-) المتبايعان فإنّهما يسمّيان بذلك بعد وجود التّبايع بينهما فالخير يقتضى إثبات الخيار لهما فى تلك الحالة و عند المخالف انّه لا يثبت انتهى و منها الصّحيح الذى رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن ابى على الأشعرى عن محمد بن عبد الجبّار عن صفوان عن العلاء عن محمّد بن مسلم عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله البيعان بالخيار حتّى يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلثة أيّام بيان قال فى التنقيح انّه يسمّى المشترى بيعا تغليبا للفظ البائع كالعمرين و القمرين و انّما غلب البائع لأنّه أصل فى الخيار لجواز ندمه غالبا انتهى و منها الصحيح على الصحيح الّذى رواه هو (- ره-) عن علىّ بن إبراهيم عن أبيه عن ابن ابى عمير عن جميل هو ابن صالح الأسدى الثقة مدّ ظلّه و ابن بكير جميعا عن زرارة عن أبى عبد الله عليه السلام قال سمعته يقول قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله البيعان بالخيار حتّى يفترقا الحديث و منها الصّحيح الّذى رواه هو (- ره-) عن محمّد بن يحيى عن احمد بن محمّد عن ابن محبوب عن جميل عن فضيل هو ابن يسار منه مد ظلّه عن أبى عبد اللّه عليه السّلام فى حديث قال قلت له ما الشرط فى غير الحيوان قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار بعد الرّضا منهما و منها الصّحيح الذى رواه هو (- ره-) عن علىّ بن إبراهيم عن أبيه عن ابن ابى عمير عن حماد عن الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال أيّما رجل اشترى من رجل بيعا فهو بالخيار حتّى يفترقا فاذا افترقا وجب البيع الحديث و منها ما رواه هو (- ره-) عن الحسن بن محمّد عن معلّى بن محمّد عن على بن أسباط عن الرّضا عليه السّلام قال سمعته يقول الخيار فى الحيوان ثلثة أيّام للمشترى و فى غير الحيوان ان يفترقا الحديث و منها ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن محمد بن احمد بن يحيى عن الحسين بن عمر بن يزيد عن أبيه عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله إذ التّاجران صدقا بورك لهما فاذا كذبا و خانا لم يبارك لهما و هما بالخيار ما لم يفترقا فان اختلفا فالقول قول ربّ السّلعة أو يتتاركا و رواه الصّدوق (- ره-) فى محكى الخصال عن محمد بن موسى المتوكل عن محمد بن يحيى عن محمد بن احمد رفعه إلى الحسين بن زيد عن أبيه زيد بن على عن أبيه عن جدّه عليه السلام إلى غير ذلك من الأخبار و يأتى جملة أخرى فى طىّ الفروع إنشاء اللّه تعالى

قوله طاب ثراه و الموثق الحاكى لقول على (- اه-)

أشار بذلك إلى رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن محمّد بن احمد بن يحيى عن أبى جعفر عن أبيه عن غياث بن إبراهيم عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن على عليه السلام قال قال على عليه السلام إذا اصفق الرّجل على البيع فقد وجب و ان لم يفترقا و هو و ان كان معتبر السّند بالموثّقية الّا انّ جمعا حكموا بشذوذه

ص: ۱۶

فيطرح أو يحمل على التّقية لموافقته لمن تقدّم ذكرهم فى عبارة (- ف-) من العامّة أو على ما حمله عليه الشّيخ (- ره-) من بيان افادة الملك قبل الافتراق و ان جاز الفسخ قبله أو على ما احتمله هو (- ره-) أيضا حمله عليه من كون المراد بالافتراق المنفى الافتراق البعيد دون القليل الملزم و ربّما احتمل بعضهم الحمل على احد المقامات الّتى يسقط فيها هذا الخيار كاشتراط سقوطه أو بيعه ممّن ينعتق عليه و نحو ذلك أو على كون المراد بالتفقّه الرّضا بالبيع و الالتزام به و الأمر سهل بعد شذوذ الخبر و مخالفته للإجماع و المتواتر من الأخبار و موافقته لمذهب من خالف النّبى صلّى اللّه عليه و آله فى أربعمائة حديث منها البيعان بالخيار ما لم يفترقا كما اعترف به الزمخشرى فى كتاب ربيع الأبرار مع كونه من الخفيّة

قوله طاب ثراه و لا فرق بين أقسام البيع

أقول قد صرّح بعدم الفرق بين أقسام البيع من النقد و النسيئة و السّلم و المرئى و الموصوف و التولية و المرابحة و غير ذلك جمع منهم العلّامة فى (- عد-) و (- كرة-) بل فى الغنية انّه يدخل خيار المجلس فى جميع ضروب البيع السّلم و غيره لإجماع الطائفة على ذلك انتهى و فى مفتاح الكرامة انه من المعلوم اتفاق الفتاوى عليه و الأصل فى ذلك إطلاق النصوص

[مسألة هل يثبت خيار المجلس للوكيلين مطلقا و نقل الخلاف فى المسألة]

قوله طاب ثراه و لا فى ثبوته للوكيلين فى الجملة

ظاهره نفى الإشكال عن ثبوت خيار المجلس للوكيل المستقلّ فى التصرّف و مقابلته نفى الإشكال بنقل الخلاف فى مطلق الوكيل تدلّ على إرادته بنفى الإشكال نفى الخلاف أيضا و هو كما ترى فانّ بعض الأواخر مال إلى نفى الخيار للوكيل حتى إذا كان مستقلا فى التصرّف استنادا إلى أصالة اللزوم بعد انصراف البيعين إلى الأصلين فإن الغالب الشّائع فى الاستعمال هو إطلاق المتبايعين على الأصلين فيبقى الوكيلان خارجين عن منصرف اخبار الخيار باقيين تحت أصالة اللزوم المحكمة فى مورد الشك فلا تذهل

قوله طاب ثراه و هل يثبت لهما مطلقا (- اه-)

اى حتى فيما لو كانا وكيلين فى مجرّد إجراء الصّيغة

قوله طاب ثراه خلاف

قلت الأقوال فى ذلك خمسة أحدهما ما سمعت من عدم الثّبوت مطلقا ثانيها الثبوت مطلقا جزم به جماعة منهم فاضل الكفاية و سيّد الرّياض و سيّد مفتاح الكرامة و شيخ (- ئق-) و غيرهم قال فى (- ئق-) و هو ثابت للمتبايعين سواء كانا مالكين أو وكيلين أو متفرّقين بعد انعقاد البيع بالإيجاب و القبول ثمّ تمسّك لذلك بإطلاق النّصوص و الفتاوى و معادل الإجماعات بعد صدق المتبايعين على الوكيلين و نفى البعد عن هذا القول المحقق الورع الأردبيلى (- ره-) فى مجمع الفائدة ثالثها التّفصيل بين الوكيلين فى المعاملة و بين الوكيلين فى مجرّد إيقاع العقد مع مباشرة الموكّلين لتعيين الثّمن و المثمن و غير ذلك من لوازم المعاملة بثبوت الخيار للوكيلين فى الثّانى دون الأوّل استظهره المصنّف (- ره-) من عبارة (- كرة-) الّتى سينقلها حيث قال فيما يأتى عن قريب إنشاء اللّه تعالى ان القول بثبوتها يعنى الخيارات لموقع الصّيغة لا ينبغى من الفقيه و الظّاهر عدم دخوله فى إطلاق العبارة المتقدّمة عن (- كرة-) فانّ الظّاهر من قوله اشترى الوكيل أو باع تصرّف الوكيل بالبيع و الشّراء لا مجرّد إيقاع الصّيغة انتهى لكن قد يناقش بأنّ غاية ما تفيده العبارة على فرض ظهور الوكيل فى الوكيل فى البيع و الشّراء لا خصوص العقد انّما هو ثبوت الخيار للوكيل فى البيع و الشّراء و امّا عدم ثبوته للوكيل فى خصوص الصّيغة فالعبارة ساكتة عن ذلك مع انّ ظهور الوكيل فى الوكيل فى البيع و الشّراء ممنوع سيّما بعد تعبيره بتعاقد الوكيلين و كون ذلك قرينة على ارادته بالبيع و الشّراء فى قوله لو اشترى الوكيل أو باع ما يشمل العقد و كيف كان محجّة هذا القول امّا على ثبوت الخيار للوكيلين فى المعاملة و متعلّقاتها فالإطلاق و امّا على عدم الثّبوت للوكيلين فى مجرّد إجراء الصّيغة فأصالة عدم

دخوله فى التوكيل فى العقد و عدم انصراف الإطلاق إلى مثله و قد يناقش فى أصالة عدم دخوله فى توكيل العقد بانّ الخيار من توابع العقد فلا مجرى للأصل فالأولى ان يقرر بأنّ الأصل عدم ثبوت الخيار فى العقد الواقع من الوكيل فى خصوص العقد و الا فدخول الخيار فى نفس التوكيل فى العقد ممّا لا يعقل فتأمّل رابعها ما اختاره فى (- لك-) حيث قال فى شرح قول المحقق (- ره-) فى (- يع-) و لكلّ من المتبايعين خيار الفسخ ما داما فى المجلس ما لفظه إطلاق المتبايعين يشمل المالكين و الوكيلين و المتفرّقين لانّ المتبايعين من فعلا- البيع و هو و إن كان عبارة عن الإيجاب و القبول فظاهر إطلاقه على من أوقع الصّيغة سواء كان مالكا أم وكيلا و إن كان عبارة عن نفس انتقال الأعيان ففاعل الانتقال و محدثه هو المتعاقدان أيضا لكن الحكم فى المالكين واضح و امّا الوكيلان فان لم ينصّ لهما الموكّل على الخيار لم يكن لهما الفسخ فينتفى الحكم عنهما و ان وكلهما فيه فإن كان قبل العقد بنى على انّ التّوكيل فيما لا- يملكه الموكّل هل يصحّ بوجه أم لا و سيأتى فى بابه إنشاء اللّه تعالى فان لم نجوّزه لم يكن لهما ذلك أيضا و ان جوزناه أو كان التوكيل فيه بعد العقد فى المجلس كان لهما الخيار ما لم يفترقا عملا بإطلاق الخبر انتهى خامسها ما اختاره الماتن (- ره-) بقوله و الأولى ان يقال (- اه-) و حاصله انّ الوكيل إن كان وكيلا فى مجرد إجراء الصّيغة فليس له الخيار و إن كان وكيلا فى التصرّف المالى كأكثر الوكلاء فان كان مستقلّا فى التصرّف فى مال الموكّل بحيث يشمل توكيله فسخ المعاوضة بعد تحقّقها نظير العامل فى القراض و أولياء القاصرين فالظّاهر ثبوت الخيار له و ان لم يكن مستقلّا فى التصرّف فى مال الموكّل قبل العقد و بعده بل كان وكيلا فى التصرّف على وجه المعاوضة كما إذا قال اشتر لى عبدا فالظّاهر (- ح-) عدم الخيار للوكيل

قوله طاب ثراه و الاولى ان يقال (- اه-)

قلت بل الأولى اختيار الإثبات مطلقا أو النفى مطلقا و مرجع الكلام إلى انّ البيعين فى النص هل هما منصرفان إلى العاقدين المالكين ليبقى الوكيلان تحت أصالة اللزوم أم لا و نحن فى ريب من تحقّق الانصراف لأنّ كثرة الوكلاء و كثرة إطلاق البيع و الشّراء على ما يصدر منهم تمنع من ذلك و لا- أقل من الشك فى الانصراف فيحكم أصالة عدمه و يبقى إطلاق النّصوص محكما سليما عن المعارض فان قلت ان شمول التّوكيل فى مجرّد إجراء الصّيغة للوكالة فى الخيار غير معلوم و الأصل عدمه فلا يندرج تحت الوكالة و لا- يكون لخياره وجه قلت انّ الخيار ممّا لا وجه للتّوكيل و عدمه فيه لانّ الخيار من الآثار القهريّة للبيع و الشّراء فالتّوكيل فى شيء منهما مع عدم الرّضاء بخيار الوكيل غير معقول فان قلت بمقالة المحقّق الثّانى (- ره-) من ان البيعين فى الحديث يلزم ان يراد بهما العاقدان لأنفسهما فلا يعمان الوكيلين و لا الموكّلين لأنّه ان أريد بهما مالك المبيع و مالك الثمن لم يطابق أوّل الحديث أخره إلا إذا كان الوكيلان هما العاقدان لانّ قوله ما لم يفترقا لا يصدق فى المالكين إذا كان العاقدان غيرهما لانّه يصير معناه حينئذ البيعان بالخيار ما لم يفترق المعاقدان و هو غير ظاهر الّا ان يدعى وجود القرينة الدّالة على مرجع هذا الضمير و هى ذكر طروّ الافتراق المقتضى لسبق الاجتماع للعقد أو يقال انّ الحديث دالّ على حكم المالكين المتعاقدين لانّه الغالب و حكم ما إذا كان العاقد وكيلا مستفاد من الخارج قلت لا ينحصر الأمر فيما ذكره بل المراد بالبيعين البائع و المشترى فإذا صدق البائع و المشترى

ص: ۱۷

عرفا و لغة و شرعا على كلّ من الأصيلين و الوكيلين لم يكن إشكال فى جريان الحكم فى الوكيلين و من هنا قيل انّ الموجود فى أكثر الرّوايات البيعان و فى بعضها التّاجر و البيع امّيا نفس الإيجاب و القبول أو النقل و على كلّ منهما فهو صادق عليه فتلخص من ذلك عدم الفرق بين المالكين و الوكيلين و المختلفين فى ثبوت الخيار المذكور و لا- فى الوكيلين بين الوكيلين فى مجرّد إجراء الصّيغة أو فى جميع متعلّقات البيع و الشّراء لما مرّ و توضيحه انّ البيع عبارة عن النّقل و النّاقل هو العاقد و المساومة ليست ناقلة فإذا كان وكيلا- فى مجرّد اجراء العقد و عيّن المالكان العوض و المعوّض و قيود النّقل كان الوكيلان هما المتبايعان و المالكان ليسا الّا متساومين فتدبّر

قوله طاب ثراه لانّ المتبادر من النص غيرهما (- اه-)

قد وقع الاستدلال لعدم ثبوت الخيار للوكيلين فى مجرّد إجراء الصّيغة بوجوه أشار إلى عدة منها (- المصنف-) (- ره-) هذا أحدها و حاصله انّ المتبادر من نصوص خيار المجلس انّما هو غير الوكيلين فى مجرّد اجراء العقد فيرجع فيهما إلى أصالة اللزوم و فيه منع التّبادر بل البائع هو النّاقل و الوكيل بإنشائه العقد ناقل كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و ان عممناه لبعض افراد الوكيل (- اه-)

أراد بهذا البعض الوكيل المستقلّ فى التصرّفات و أنت خبير بانّ التعميم لذلك يقتضى التعميم لمطلق الوكيل العاقد

قوله طاب ثراه مضافا إلى انّ مفاد أدلّة الخيار (- اه-)

حاصله انّ مفاد أدلّة الخيار انّما هو ثبوته لمن تسلّط على التصرّف فى العوض المنتقل منه إلى صاحبه بالفسخ و الاسترداد فاذا شكّ فى تسلّط الوكيل فى مجرّد اجراء العقد على ما انتقل اليه لم يكن هناك ما يمكن التمسّك به فى إثباته لأنّ أدلّة الخيار لا تثبت و لا تفيد ذلك لأنّها فى قوّة ان يقال البيعان إذا تمكنا من ردّ ما عندهما كانا بالخيار ما لم يفترقا و معلوم انّ مثل هذا الكلام لا يفيد ثبوت الخيار لمن شكّ فى تمكّنه من ردّ ما عنده و لا يرفع الشكّ فى تمكّنه ضرورة انّ الأدلة المأخوذ فيها عناوين لا تفيد انطباقها على شيء من المصاديق إذا شكّ فيه و لم يتميز من الخارج انطباقها عليه و لكنّك خبير بما فيه لمنع كون السّلطنة على ردّ ما انتقل اليه قيد مفاد أدلّة الخيار و ربما تصدّى الشّيخ الوالد روحى فداه لتوجيه ذلك بانّ لازم الخيار ذلك فإنّه لمّا قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا أفاد أن لكلّ منهما ان يستردّ ما انتقل عنه إلى صاحبه و (- ح-) نقول انّه لمّا كان انتقال ما انتقل عنه بعنوان كونه عوضا عمّا انتقل من صاحبه اليه فلا- جرم كان استرداده بعنوان إخراجه عن العوضيّة و لا يكون الّا بالتسلّط على ردّ ما جعل عوضا عنه ثمّ انّه دام ظلّه أخذ فى المناقشة فيه بالمنع من كون معنى الخيار استحقاق استرداد ما انتقل عنه الى صاحبه و انّما هو استحقاق فسخ العقد و لازمه رجوع كلّ من العوضين إلى صاحبه الأوّل فسلطنة كلّ منهما على أخذ ما انتقل عنه إلى صاحبه و وجوب دفع ما انتقل من صاحبه إليه فى مرتبة واحدة و ليس تسلّطه على الأخذ بعد الفراغ عن وجوب الدّفع فموضوع حكم ثبوت الخيار هما البيعان و صدقهما على الوكيلين فى إجراء لفظ العقد معلوم لا- مشكوك و ليس الموضوع البيعان المقيّد بثبوت التسلّط على ردّ ما انتقل اليه حتّى يقال انّ ثبوت التّسليط على ذلك مشكوك لا يفيده أدلّة الخيار كيف لا و لزوم تمكّن الفاسخ من ردّ ما انتقل اليه ممّا يتّجه المنع عن اعتباره فى معنى الخيار أو كونه لازما له و يشهد به انّ منع الخيار موجود فى خيار الشّرط و قد تقرّر عندهم انّه يجوز اشتراط الخيار لأجنبى و من المعلوم انّ الأجنبى ليس له التسلّط على ردّ شيء من العوضين نعم فسخه يصير سببا لتسلّط كلّ من المتبايعين على ردّ ما عنده و أخذ ما عند صاحبه و هذا محقّق فيما نحن فيه اعنى الوكيلين فى مجرّد إيقاع العقد بعد فرض صدق البيعين عليهما هذا كلامه دام ظلاله و هو كلام متين و جوهر ثمين و حاصله انّ الماتن (- ره-) ان أراد بتمكّن الفاسخ من استرداد ما نقله الّذى اعتبره فى ثبوت الخيار للشّخص تمكّنه من الاسترداد على وجه المباشرة منعنا من كونه معتبرا فى الخيار أو لازما له و ان أراد به ما يعمّ ثبوته على وجه التّسبيب فأىّ مانع من ثبوته هاهنا بان يكون فسخ الوكيل فى مجرّد إيقاع العقد سببا لتمكّن كلّ من المتعاقدين من ردّ ما انتقل اليه بعد

فرض صدق البيعين عليهما و الّا كان خروجهما مستندا إلى عدم صدق البيعين عليهما لا إلى عدم التمكّن من الاسترداد

قوله طاب ثراه الا ترى انّه لو شكّ (- اه-)

هـذا استـدلال على ما ادّعاه من اعتبار مفروغيّة التمكّن من استرداد ما انتقل منه إلى الأخر و حاصل الـدليل انّ عدم إمكان الاسـتدلال بأدلّـة الخيار على نفى الانعتاق و عـدم وجوب العتق فى صورة الشك الّتى أشار إليها انّما هو لعـدم مفروغيّـة السّـلطنة المذكورة فلو لا اعتبار المفروغيّة المذكورة لكان يتّجه التمسّك بأدلّة الخيار لنفى الانعتاق فى الفرض و لكن ربّما يناقش فى هذا الاسـتدلال بمنع عدم صحّـة التمسّك بأدلـة الخيار لإثبات عـدم الانعتاق فى الفرض و ذلك لانّ الأصل الثّانوى فى كلّ بيع هو الجواز ما داما فى المجلس و كون المبيع ممّن ينعتق على المشترى مانع من ذلك فاذا شكّ فى تحقّق المانع كانت أدلّـة الخيار بضـميمة أصالـة عدم المانع محكمة نافية للانعتاق كما لا يخفى

قوله طاب ثراه مضافا إلى ملاحظة بعض اخبار الخيار (- اه-)

حاصله انّ ما قرن فيه خيار الحيوان بخيار المجلس و ان لم يكن خيار المجلس فيه مقيّدا بثبوته للأصيل حتّى تكون النّسبة بينه و بين ما أطلق فيه ثبوت خيار المجلس للبيعين هى العموم و الخصوص المطلق الّا انّ السياق يقضى بعدم ثبوت خيار المجلس للوكيل فى مجرّد الصّـيغة كعدم ثبوت خيار الحيوان له لكن فيه أوّلا انّ خيار الحيوان و ان قرن بخيار المجلس فى بعض الأخبار الّا ان موضوع الأوّل فيه صاحب الحيوان و موضوع الثّانى البيعان و من البين عـدم صـدق صاحب الحيوان على الوكيل و صدق البيعين على الوكيلين فى مجرّد إجراء الصّـيغة و ثانيا انّ لازم ما ذكره من اتّحاد السّـياق و المراد هو ان يلتزم اما بثبوت كلّ من الخيارين للوكيل المستقلّ فى التصرّف أو عـدم ثبوت شـيء منهمـا له و هو و ان التزم هنا بالثّبوت لكن ما أظنّه يلتزم بـذلك فى خيار الحيوان ضـرورة كون موضوعه صاحب الحيوان و بعبارة أخرى كما انّ لازم اتّحاد السّياق نفى ثبوت خيار المجلس للوكيل فى مجرّد اجراء العقد كعدم ثبوت خيار الحيوان له فكذا لازمه نفى ثبوت خيار المجلس للوكيل المسـتقلّ فى التصرّف أيضا كعدم ثبوت خيار الحيوان له فما باله أخذ بإحدى اللّازمين و ترك الأخر فاثبت خيار المجلس للوكيل المستقل فى التصرّف و ثالثا ان تقييد احدى الفقرتين لدليل لا يقتضى تقييد الأخر فتأمّل

قوله طاب ثراه مع ان ملاحظة حكمه (- اه-)

غرضه انّ حكمـة جعـل الخيار انّما هو الإرفاق لصاحب المال حتّى يختار الفسـخ ان نـدم فى المجلس و جعل الخيار للوكيل فى مجرّد العقـد ينـافى ذلـك لانّه قـد يختار المالك الإمضاء و يفسـخ الوكيل و فيه أوّلا انا لم نفهم حكمـة الخيار فضـلا عن التمسّك به لعـدم ثبوت الخيار للوكيل المزبور و لو فهمنا الحكمة لم يكن لنا التمسّك بها لعدم حجية العلل المستنبطة و ثانيا انّ الحكمة كما تنفى جعل الخيار للوكيل فى مجرّد العقد فكذا تنفى جعل الخيار للوكيل المستقلّ فى التصرّف

قوله طاب ثراه مضافا إلى أدلّة سائر الخيارات (- اه-)

فيه منع عدم جريان باقى الخيارات بالنّسبة إلى الوكيل فى مجرد العقد و لو سـلّم فعدم جريانها فى حقّه لاختصاص موضوعها بالأصيل لا يقضى بعدم جريان هذا الخيار فى حقّه بعد كون موضوعه البيع الصّادق على الوكيل فى مجرّد العقد هذا و ربّما استدل

ص: ۱۸

بعضهم على عدم ثبوت خيار المجلس للوكيل فى مجرّد اجراء العقد بوجه أخر و هو انّ ثبوته له مناف لما دلّ على سلطنة المالك على ماله إذا لم يرض بردّ الوكيل له و فيه انّ إطلاق دليل الخيار بعد صدق المبيع على الوكيل المذكور حاكم على إطلاق دليل السّلطنة

قوله طاب ثراه و من جميع ذلك يظهر لک ضعف القول بثبوته للوكيلين المذكورين (- اه-)

قد عرفت سقوط جميع ما ذكره و انّ الأقوى ثبوته للوكيلين المذكورين لكون البيع عبارة عن المبادلة و النّقل و من البين انّ النّاقل و المبادل حقيقة هو العاقد دون المالک لانّ الصّادر من المالكين انّما هى المساومة دون النّقل و المبادلة الحقيقيّة فالبائع هو العاقد و لذا لو عقد على مال غيره ثمّ قال لم أبع مال فلان لعدّ كاذبا و لو قال بعت لعدّ صادقا و ليس موضوع هذا الخيار إلّا البائع و توهم الفرق بين البيع و البائع خطاء و إنكار صدق البائع على العاقد مكابرة كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و أضعف منه تعميم الحكم لصورة منع الموكل (- اه-)

فيه منع الأضعفيّة بل هو لازم القول بثبوته للوكيل فى مجرّد العقد فإنّه بعد صدق البيعين على الوكيلين المزبورين يثبت لهما ذلک الخيار و يتسلّطان بذلک على الفسخ فاذا فسخا أو أحدهما كان البيع كان لم يكن رضى بذلک الموكّل أو لم يرض لكون ذلک من الآثار القهريّة لتحقّق موضوع هذا الخيار و هو كون الشخص بائعا و ليس ذلک ممّا يرجع امره الى الموكّل حتّى يدور مدار رضاه و ينتفى أثره بمنعه

قوله طاب ثراه و على المختار فهل يثبت للموكّلين (- اه-)

اختار الثّبوت فى (- كرة-) حيث عطف فى عبارته المزبورة فى صدور المسئلة الموكّلين مع حضورهما فى المجلس على الوكيلين و تبعه فى ذلک جمع ممّن تأخّر عنه و اختار عدم الثّبوت ميلا فى مفتاح الكرامة و استظهارا فى مجمع الفائدة ثمّ انّ كلّا من القولين يجريان مع ثبوت الخيار للوكيل أيضا و عدمه فالأقوال أربعة الثبوت للموكّلين مع الثبوت للوكيلين و الثّبوت للموكّلين مع عدم ثبوته للوكيلين و عدم الثبوت للموكّلين مع الثبوت للوكيلين و عدم ثبوته لأحد منهم حجّة الأوّل اما على الثبوت للوكيلين فما مرّ من إطلاق النصّ و امّا على الثّبوت للموكّلين فهى انّ ثبوته للوكيل لكونه نائبا عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه و فيه نظر ظاهر لانّ الشّارع انّما جعل الخيار للمتبايعين فالمراد بهما ان كان هما المالكان لزم عدم الثّبوت للعاقدين الوكيلين و ان كان هما العاقدان لزم عدم الثّبوت للمالكين الموكّلين فإثباته للجميع ممّا لا دليل عليه و الملازمة بين الثبوت للوكيلين و بين الثّبوت للموكّلين ممنوعة لعدم الدّليل عليها بل هى غير معقولة حجّة الثّانى تبادر المالكين من البيعين و انّ الوكيلين فيما نحن فيه كالالة للمالكين و نسبة الفعل إلى المالكين شائعة و لذا لا يتبادر من قوله باع فلان ملكه الكذائى كونه مباشرا للصيغة مضافا الى انّ المستفاد من أدلّة سائر الخيارات و خيار الحيوان المقرون بهذا الخيار فى بعض النّصوص كون الخيار حقّا لصاحب المال شرعا إرفاقا له و لازم ذلک ثبوته للموكّلين لأنّهما المراد ارفاقهما دون الوكيلين و فى الجميع نظر لمنع تبادر المالكين من البيعين الا ترى انّه لو باع الوكيل مال الموكّل ثمّ قال لم أبع مال فلان لعدّه العرف كاذبا و لو قال بعت عدّ صادقا و عدم تبادر مباشرة الصّيغة من قوله باع فلان ماله ممنوع و الحكمة لا عبرة بها حجّة الثالث تبادر العاقدين من البيعين فيندرجان فى النّصوص لعدم صدق البائع لغة و عرفا الّا على العاقد و الأصل عدم ثبوته للموكّلين و أيضا فبعد ثبوته للوكيلين لا يعقل ثبوته لغيرهما لانّ الشارع انّما جعل الخيار لاثنين كالأربع فإذا تبيّن كون الاثنين هما الوكيلان انتفى عن الموكّلين و قد يؤيّد ذلک بأنّه لو حلف على عدم البيع لم يحنث ببيع وكيله و إن كان قد يمنع ذلک فتأمّل حجة الرّابعة انصراف البيعين فى النّصوص إلى العاقدين المالكين فيبقى البيع الصّادر من الوكيلين خارجا عن منصرف الإطلاق فيبقى تحت أصالة اللّزوم و الأقرب هو القول الثّالث لما مر من تبادر العاقدين من البيعين و لا دليل على ثبوته للموكّلين و دعوى انّ الخيار بالأصالة للمالكين و انّهما البيعان عرفا إذ يصدق عليهما المتبايعان مع وقوع البيع من الوكيلين ساقطة لانّ سببيّة التّوكيل للبيع الموجب للخيار لا

يوجب ثبوت مقتضى الفعل الصّادر من الوكيلين للموجد لسبب سبب الخيار و صدق المتبايعين على الموكّلين مجاز بل البائع سواء كان بمعنى العاقد أو بمعنى النّاقل انّما هو الوكيل لا الموكّل الا ان يقال بعدم قدح كون الإطلاق مجازيا فى شمول لفظ البيع لهما جميعا نظرا إلى انّ المدار فى الأخبار على الانضمام العرفى و إن كان بعنوان المجاز فيكون استعمال قوله البيعان بالخيار من باب عموم المجاز اى من انتسب إلى البيع سواء كان بيعا حقيقة أو مجازا بل زاد بعضهم على ذلك إمكان دعوى كون إطلاق البيع على الموكّل أيضا على وجه الحقيقة قال و لا ينافى ذلك كون الموكّل أيضا بيعا حقيقة لإمكان كون فعل واحد منسوبا حقيقة إلى فاعلين أحدهما سبب و الأخر مباشر فيقال أحرق زيد عمروا و أحرق النّار عمروا كلّ منهما على وجه الحقيقة غاية الأمر انّ إحراق زيد انّما يكون بآلة و هذا لا ينافى كون النّسبة اليه على وجه الحقيقة فالنّار بالنّسبة إليه كالخشب بالنّسبة إلى الضّارب بل يمكن هذه الدعوى فى جميع الأفعال التّوليديّة فالضّرب مؤدّب كما انّ زيدا الضّارب مؤدّب هذا كلام ذلك البعض و فيه انّ المفهوم عرفا من البيعين انّما هو البائع و المشترى فإثبات الخيار الاثنين من كلّ طرف ممّا لا دليل عليه لانّ مفاد الدّليل انّما هو إثبات الخيار فى كلّ طرف لواحد امّا الوكيل أو الأصيل فإذا اعترف بكون استعمال البيع فى الوكيل حقيقة و فى الأصيل مجازا تعيّن اختصاص الخيار فى الفرض بالوكيل إذ لا معنى للعدول من الحقيقة إلى المجاز من دون قرينة دالة عليه و هى فى المقام مفقودة الّا ان يقال انّ مفاد الخبر انّما هو ثبوت خيار واحد من كلّ طرف لا- ثبوت خيار واحد لشخص واحد و (- المصنف-) لا- يثبت خيارين من كلّ طرف بل يثبت خيارا واحدا لشخصين من كلّ طرف بحيث يكون الأثر لما

يصدر أوّلا من أحدهما فسخا أو إمضاء فتأمّل و امّا ما ادّعاه من إمكان كون فعل واحد منسوبا حقيقة إلى فاعلين ففيه انّ ذلك انّما يتصوّر فيما إذا اشتركا فى ذلك الفعل على حدّ سواء لا ما إذا كان أحدهما سببا و الأخر مباشرا فإنّه (- ح-) لا يسند الفعل حقيقة الّا إلى المباشر الّا مع ضعف المباشر بحيث لا يسند الفعل عرفا الّا إلى السبب و من المعلوم عدم ضعف المباشر و هو الوكيل فى المقام و العجب من دعواه كون نسبة الإحراق إلى زيد استعمالا حقيقيّا مع وضوح عدم كون زيد محرقا حقيقة بل مجازا لإيجاده السبب فلا تذهل

قوله طاب ثراه فمجرّد ذلك لا يوجب الخيار لهما إلّا إذا صدق (- اه-)

لا- يخفى عليك انّ لازم تمسكه فيما تقدّم لثبوت الخيار للموكّلين بالحكمة هو ثبوته لهما حتّى فى صورة كون الموكّلين فى غير مجلس العقد و اطلعا على عقد الوكيلين فما وجه ذهوله عن لازم دليله

قوله طاب ثراه من انّ المستفاد (- اه-)

قد عرفت سابقا عدم تماميّة الاستدلال بالحكمة

قوله طاب ثراه و انّ ثبوته للوكيل (- اه-)

فيه منع الملازمة لأنّ ثبوته للوكيل انّما هو لكونه عاقدا و بيعا فاذا لم يصدق هذا العنوان على المالك لم يكن لثبوت الخيار له معنى و إلى هذا أشار

ص: ۱۹

هو (- ره-) بالاستدراك بقوله الّا ان يقال (- اه-)

قوله طاب ثراه و لكن الوجه الأخير لا يخلو عن قوّة (- اه-)

أراد بالوجه الأخير الوجه الثانى من الوجهين الذين هما طرفا الإشكال و هو ثبوت الخيار للموكل و التّعبير عن هذا الوجه بالأخير مبنىّ على تأخّر مدركه فى الذكر و الّا فمقتضى قوله فى صدر العبارة و هل يثبت للموكلين (- اه-) هو كون الأخير عدم الثّبوت لا الثّبوت

قوله طاب ثراه و (- ح-) فقد يتحقّق فى عقد واحد الخيار الأشخاص كثيرة (- اه-)

أراد بالأشخاص الكثيرة الموكّلين و الوكلاء المترتّبين فى الوكالة كالوكيل و وكيل الوكيل و هكذا و منتظمين فى سلك واحد واقعين فى مرتبة واحدة كما لو وكل عشرة على ان يكون كلّ منهم متمكّنا من الاستقلال فى المعاملة فاتّفقوا جميعا على إيقاع معاملة أو وكلوا غيرهم فى إيقاع الصّيغة ذكر ذلك الشّيخ الوالد العلّامة جعلنى اللّه فدائه ثمّ استظهر كون مراد الماتن (- ره-) الأوّل ولى فيما ذكره مدّ ظلّه نظر بل مراد الماتن (- ره-) هو الثّانى معيّنا بحيث لا يمكن كون الأوّل مرادا و ذلك لانّ إثبات الخيار للوكيل انّما هو لكونه بيّعا بسبب كونه عاقدا فاذا كانوا وكلاء مترتّبين لم يثبت الخيار إلّا للأخير المباشر للعقد لانّ من عداه ليس مالكا و لا عاقدا فلا يصدق عليهم البيّع حتى يثبت لهم الخيار و من هنا ظهر انّ الوكلاء المنتظمين فى مسلك واحد (- أيضا-) لا يكون لهم الخيار إلّا إذا أوقعوا العقد جميعا بلسان واحد و امّا لو أوقعه واحد منهم أصالة و وكالة عن الباقين أو أوقعه أجنبى وكالة عنهم فلا يثبت الخيار الّا للعاقد لعدم كون غيره و غير المالك بيّعا فما صدر منه روحى فداه من إثبات الخيار للوكلاء المتعددين المنتظمين فى سلك واحد إذا وقعوا فى مرتبة واحدة أو وكّلوا غيرهم فى إيقاع الصّيغة ممّا لا وجه له فلا تذهل

قوله طاب ثراه و ليس المقام من تقدّم الفاسخ على المجيز فانّ تلك المسئلة فيما إذا ثبت للجانبين و هذا فرض من جانب واحد

هذا التّعليل على ظاهره عليل لان موضوع مسئلة تقدّم الفاسخ على المجيز انّما هو ما إذا كان كلّ من الفاسخ و المجيز ذا خيار مستقلّا و هذا بخلاف المقام فانّ الخيار فيه لجنس البيع فاذا سبق العاقد المالك أو بالعكس فى الفسخ كان فسخه مؤثّرا لكون الثّابت لهما خيارا واحدا فمن سبق اليه كان ما صدر منه مؤثّرا و ليس كون الجواز من جانبين أو من جانب واحد منشأ للفرق بين الموضعين كما يوهمه ظاهر تعليل المصنّف (- ره-) و الوجه فى كون الخيار لجنس البيع ظاهر هذا على مذهب المصنّف (- ره-) و امّا على المختار من عدم ثبوت الخيار للموكل فيجرى نظير الكلام فيما إذا وكل جمعا فى الصّيغة فأوقعوها دفعة واحدة فإنّه لا يثبت لهم جميعا الّا خيار واحد يؤثّر فسخ كلّ من سبق منهم و اعتبار اجتماع الجميع على الفسخ فى تأثيره نظرا إلى انّ الثّابت للبيّع خيار واحد فلا أثر إلّا لصدور الفسخ من جميعهم أو الإنفاذ من جميعهم فتأمّل

قوله طاب ثراه وجوه اقويها الأخير (- اه-)

الوجه فى ذلك انّ إثبات الخيار لكلّ من الموكّل و الوكيل لمّا كان من باب كون المراد بالبيّع الجنس و كون كلّ من المالك و العاقد بيّعا عند (- المصنف-) (- ره-) كان لازم ذلك توقّف زوال الخيار على افتراق الجنس فما دام أحد أفراد الجنس من كلّ طرف موجود أ يصدق عدم افتراق جنس البيعين و ربّما اعترض بعضهم على الماتن (- اه-) بأنّ الأقوى كفاية تفرّق احد الشخصين الأصيل أو الوكيل فى سقوط الخيار و علّل ذلك بانّ الحكم معلّق على صدق التفرّق لا على صدق عدم التفرّق و المفروض صدقه و إن كان بصدق عدم التفرّق (- أيضا-) مع بقاء أصيل أو وكيل و فيه منع عدم كون الحكم معلّقا على عدم التفرّق بعد كون نصّ الخبر جعل غاية الخيار عدم التفرّق و بقاء المجلس و لا ريب فى صدق عدم تفرق الجنس و بقاء مجلس جنس البيعين ما دام فى كلّ من الطّرفين الأصيل أو الوكيل باقيا و لا- أقل من الشكّ فى بقاء المجلس بعد تفرّق واحد من كلّ طرف و بقاء واحد من كلّ طرف فالأصل بقاء المجلس و أيضا فامّا ان يكون الافتراق شرطا فى زوال الخيار كما هو ظاهر الجملة الشرطيّة فى الخبر أو الافتراق مانعا من البقاء و الأصل عدم تحقّق الشّرط و عدم تحقق المانع لا- يقال انّ الافتراق مانع من زوال الخيار أو انّ بقاء المجلس شرط فى بقاء

الخيار و الأصل عدم المانع و عدم الشّرط لأنّا نقول انّ عدم الافتراق إذا استصحب كان استصحابه مسقطا لأصالة عدم المانع لأنّ أصالة عدم الافتراق لا حالة سابقة لها و استصحاب بقاء المجلس مسقط لأصالة عدم الشرط لانّ الشّرط المحرز بالاستصحاب كالشّرط المعلوم الحصول كما لا يخفى

قوله طاب ثراه فالظّاهر عدم الخيار (- اه-)

قد مرّ انّ الحقّ ثبوت الخيار للوكيل فى مجرّد العقد فيثبت لهذا أيضا مع مباشرته للعقد كما مرّ سقوط ما تمسّك به بقوله بل لما ذكرنا فى القسم الأوّل من انّ إطلاق أدلّة الخيار (- اه-)

قوله طاب ثراه الأقوى العدم لانّ المتيقّن (- اه-)

قد يناقش فى ذلك بانّ الثّابت عند البيع انّما هو خيار المالك و انّما الواقع بعد العقد نقل الخيار إلى الوكيل لا جعل الخيار حتّى يردّ بانّ مفاد أدلّة الخيار ثبوته حال العقد لا لحوقه بعده و على هذا فالمسئلة مبنيّة على انّ الخيار يجوز نقله إلى الغير بعد العقد أم لا و لعلّ الماتن (- ره-) يرى عدم الجواز نظرا إلى دعوى كون مفاد الأخبار ثبوت الخيار لمن اليه زمام الرّقية و عدم قابليّته لان ينقل إلى الغير لكن ذلك محلّ تأمّل و الّا لم يكن ليثبت الخيار للأجنبىّ المشروط له الخيار مع انّ لازم كونه من الحقوق هو جواز نقله فتأمّل كى يظهر لك إمكان منع كون الأصل فى كلّ حق قبوله لانّ ينقل لانّ الحقوق منها ما يقبل النّقل و منها ما لا يقبل ذلك و لا دليل على انّ الأصل فى الحقوق القابليّة للانتقال فتأمّل

قوله طاب ثراه نعم يمكن توكيله فى الفسخ أو فى مطلق التصرّف فسخا أو التزاما (- اه-)

الفرق بين التوكيل و بين تفويض الأمر إلى الوكيل بحيث يصير ذا حقّ خيارى هو انّ التوكيل صالح لان يرتفع بالعزل و يمكن سلب الوكالة عن الوكيل قبل تصرّفه بخلاف التفويض فإنّه ليس قابلا للارتفاع فلا يجوز سلب الحقّ ممّن فوّض اليه لو قلنا بأنّه يصير ذا حقّ كما نبّه على ذلك الشيخ الوالد روحى فداه فى غاية الآمال

قوله طاب ثراه و ان جعلنا الإجازة كاشفة (- اه-)

هذه العبارة تدلّ على كون عدم الثبوت للفضوليّين بناء على كون الإجازة ناقلة مسلّما و هو على مبناه من عدم ثبوت الخيار للعاقد المحض متين لعدم كون الفضوليين وكيلين مستقلّين فى التصرّف و امّا على المختار من ثبوت الخيار للعاقد المحض (- فكذلك-) لأنّ إثباته له انّما هو لصدق البيع و النّاقل عليه فاذا كان النّاقل هنا هو الإجازة كان لازمه عدم ثبوت الخيار للفضوليين لعدم كونهما ناقلين و ثبوته للاصيلين ما دام مجلس الإجازة باقيا لكونهما ناقلين بالإجازة نعم بناء على المختار من كون الإجازة كاشفة كشفا حقيقيّا كما يدلّ عليه الخبر الوارد فى تزويج الصّغيرين يلزم ثبوت الخيار للفضوليين ان لحقت الإجازة و هما فى المجلس لانكشاف كونهما ناقلين فيثبت لهما الخيار لكونهما بيعين و اما لو انقضى المجلس قبل حصول الكاشف فلا خيار لأنّه حال بقاء المجلس لم ينكشف كونهما ناقلين و بعده ليس المجلس باقيا

قوله طاب ثراه لا لعدم صدق المتبايعين (- اه-)

أشار بذلك إلى ردّ صاحب الجواهر (- ره-) حيث علّل عدم الثبوت بعدم صدق المتبايعين عليهما لانّ البيع هو النّقل و لا نقل هنا

قوله طاب

ص: ۲۰

ثراه لاندفاعه بانّ البيع النّقل العرفى (- اه-)

فيه منع و الّا للزم حصول الملك به من حينه من دون توقّف على كاشف لعدم دورانه فى الأدلّة إلّا مدار البيع العرفى و التّالى ممّا لا يلتزم به الماتن (- ره-) ففسد المقدّم مضافا إلى انّ المراد بالبيعين ليس هما العرفيّان و لو لم يتمّ بيعهما و لم ينفذ شرعا و الّا للزم ثبوت الخيار للمتبايعين بالبيع العرفى فى الباطل شرعا مع انّه (- قدّه-) لا يلتزم به لانّ المفروض الفساد و الخيار فرع الصّحة و التّماميّة و ربّما انتصر فقيه آل يس قدس سرّه لشيخه صاحب الجواهر و ردّ المصنّف (- ره-) بانّ التّعليل المذكور فى كلام الأستاد صاحب الجواهر (- ره-) مبنىّ على مقدّمة و هى انّ استعمال اسم البيع له حالتان إحديهما أن يصحّ وقوعه فى الاستعمال مجرّدا عن الإضافة الثانية ان لا ينفكّ عنها فلا يصحّ استعماله بدونها كلفظ الماء فإنّه يصحّ ان يطلق على الماء المطلق من دون اضافة ما يراد منه و لا يجوز إطلاقه على المضاف بدون اضافة اليه و البيع مع الإطلاق المفسّر فى كلامه بالنّقل لا يصدق قبل لحوق الإجازة على بيع الفضولى الذى لا يستعمل فيه الّا مع الإضافة و النّقل العرفى واقع تفسيرا للبيع المجرّد عن الإضافة و هو مغاير لمعناه مع الإضافة الّتى لا تنفكّ عنه فلا وجود للنّقل العرفى فى الفضولى و قصده لا يستلزم تحقّق صدقه ثمّ قال و يساعد على ذلك ما ذكره فى تحديد البيع حيث قال ما نصّه كلام الأصحاب فى تفسير البيع على اختلافه فى القيود زيادة و نقصا منحصر فى ثلثة نقل مخصوص أو انتقال أو عقد (- ككّ-) لا مطلقها قطعا كما عساه يتوهّم من تفسيره بأحدها فى بعض العبارات على حسب تفسير أهل اللّغة غيره بالأعمّ كسعدانة نبت و نحوها ممّا يعلم منه كونه من هذا الجنس لا كشف تمام المعنى انتهى فالنّقل العرفى فى البيعى ما يصحّ عرفا إطلاق اسم البيع المجرّد عن الإضافة عليه و من المعلوم انتفاء الصّدق فى بيع الفضولى إلّا بعد لحوق الإجازة و بعبارة أخرى النّقل العرفى لا يتحقّق صدقه الّا بعد مسبّبه فلا يطلق على بيع الفضولى انّه بيع و لا على أثره انّه نقل فهو نقل مخصوص باقترانه بتمام السّبب هذا مع انّ قوله و هو موجود هنا غير متّجه بناء على انّ الإجازة ناقلة فيكون المقصود انّ للفضولى فى عقده مجرّد التّهيئة للسّبب الذى يحصل به النّقل لانّ موضوع الإجازة و ان قلنا بكونها ناقلة لا يتحقّق بدون سبق العقد عليها باعتبار انّها الجزء الأخير من العلّة فلا تنعقد الّا (- ككّ-) كما لا يتّجه بناء على انّها كاشفة لأنّ مفاد أدلّة الخيار ثبوته للمتعاقدين فى نفس عقدهما الصّادر منهما بتراضيهما دون ما يتوقّف على رضا ثالث مثلا كما لعلّه يدلّ عليه جعل الافتراق مسقطا لخيارهما و قد علّل ذلك فى بعض النّصوص بدلالته على الرّضا هذا كلامه علا مقامه

قوله طاب ثراه فالوجه فى عدم ثبوته للفضوليين فحوى ما تقدّم من عدم ثبوته للوكيلين الغير المستقلّين

فيه مع ابتنائه على ما عرفت سابقا عدم تماميّته من عدم ثبوته للوكيلين الغير المستقلّين انّ التمسّك بالفحوى لا وجه له بعد جريان مستند عدم الثّبوت هناك و هو الأصل بعد كون المتبادر من النصّ غيرهما و التمسّك بالفحوى انّما يتمشّى فيما إذا ثبت الحكم فى الأصل بنصّ غير دالّ على حكم الفرع إلّا بالأولويّة و بالجملة فالوجه عدم ثبوت الخيار للفضوليّن لكن لا للفحوى بل للأصل بعد تبادر العقد التّام و هو الواقع من الأصيل أو الوكيل من أدلّة الخيار لكن الإنصاف خلاف ذلك لأنّا إذا قلنا بكون الإجازة كاشفة و كون النّاقل حقيقة العقد على الفضوليّين النّاقلان و البيعان فيلزم ثبوت الخيار لهما ما داما فى مجلس العقد فتدبّر جيّدا

قوله طاب ثراه نعم فى ثبوته للمالكين بعد الإجازة (- اه-)

الوجه فى هذا الوجه هو دعوى صدق البيّعين على المالكين بسبب الإجازة و لكن فيه منع الصّدق بعد كون الإجازة كاشفة عن سبق النّقل كما هو الفرض مع انّ الأصل لزوم العقد فتأمّل

قوله طاب ثراه و اعتبار مجلس الإجازة (- اه-)

هذا بناء على كون الإجازة ناقلة وجيه لصدق النّاقلين و البيّعين على الأصيلين (- ح-) و إن كان فى مبناه نظر أوضحناه فى محلّه

قوله طاب ثراه فتأمّل

إشارة (– قدّه–) بذلك إلى انّ الإجازة و ان كانت بلفظ التزمت لا تزيد على إيقاع أصل عقد البيع فيكون الالتزام الحاصل منهما بمقداره و على حدّه فلا يرفع الخيار الّذى هو من لوازم العقد و توابعه كما نبّه على ذلك فى غاية الآمال

[هل يثبت خيار المجلس فيما إذا كان العاقد واحد عن اثنين أم لا]

قوله طاب ثراه لنفسه أو غيره عن نفسه (– اه–)

قال فى غاية الآمال انّ العقد لنفسه لا يكون الّا عن الغير فليس له الّا قسم واحد و العقد لغيره قد يكون عن نفسه و قد يكون عن غيره و ما يكون عن غيره قد يكون ولاية و قد يكون وكالة فأقسام العقد للغير ثلثة

قوله طاب ثراه فالمحكى عن ظاهر الخلاف (– اه–)

حكى ذلك عن (– ط–) و إيضاح (– فع–) للقطيفى أيضا و هو خيرة بحر العلوم فى المصابيح و صاحب مفتاح الكرامة و شيخ الجواهر و غيرهم

قوله طاب ثراه لأنّه بائع و مشتر (– اه–)

أقول أرباب هذا القول قد استدلّوا بوجوه هذا أحدها و توضيحه ما فى المصابيح من انّ الظّاهر من تعليق الخيار بالبيّع فى قوله البيّعان بالخيار ما لم يفترقا هو ثبوته لهما من حيث هما بيّعان و يرجع بعد إسقاط الاثنيتيّة من الحيثيّة لكون التثنية فى قوّة التّكرار بالعطف إلى ثبوته للبائع من حيث هو بائع و للمشترى من حيث هو (– ككك–) و العاقد الواحد بائع و مشترى فيثبت له الخيار بالاعتبارين و لا ينافى ذلك قوله عليه السّلام ما لم يفترقا إذ النّفى حقيقة فى السّلب المطلق لا فى عدم الملكة عمّا من شانه ذلك و الحقيقة مقدّمة على المجاز و من المعلوم انّه لا فرق فى السّلب المطلق بين الواحد و المتعدّد سواء رجع النّفى إلى القيد و المقيّد أو إلى القيد و لا (– ككك–) عدم الملكة و أنت خبير بانّا لو سلّمنا ما ارتكبه فى تفسير البيّعين نقول انّ مؤدّى الخبر (– ح–) يصير هكذا للبائع من حيث هو بائع الخيار إلى ان يفارق المشترى و للمشترى من حيث هو (– ككك–) الخيار إلى ان يفارق البائع و ذلك ينفعنا و لا يضرّنا و امّا ما أجاب به عن قوله ما لم يفترقا ففيه على فرض تسليم كون النّفى حقيقة فى السّلب المطلق انّ الظّاهر المتبادر من هذه العبارة بالنّسبة إلى صدر الخبر هو توجّه النّفى إلى القيد خاصّة دون المقيّد و هم قد صرّحوا فى محاوراتهم فى هذا المبحث بانّ معنى العبارة انّ المتبايعين بالخيار ما لم يفارق أحدهما الأخر و يحصل البعد بينهما بما يزيد على وقت العقد فالمنفىّ انّما هو الافتراق دون من ترتّب عليه و صدر منه الافتراق و هما البيّعان و مبنى الكلام السّابق انّما يتمّ على رجوع النّفى إلى القيد و المقيّد و هو خلاف ظاهر الخبر و لا ريب فى انّه لو دار الأمر بين التجوّز فى صدر الخبر و هو المتبايعان أو عجزه و هو كلمة ما لم يفترقا مع انّه ليس من المجاز بل من ارادة غير الظّاهر من افراد الحقيقة كان الأولى الثّانى و لا أقلّ من الشّك و الأصل العدم مضافا إلى انّ قواعد الحقيقة و المجاز و سائر قواعد الألفاظ و الظّهورات النّوعيّة انّما يصار إليها عند فقد الظّهور الشّخصى و الّا فمع الظّهور الشّخصى لا وجه للرّجوع إلى شيء منها كما حرّرناه فى محلّه ضرورة انّ حال القواعد المشار إليها بالنّسبة إلى الظّهور الشخصى حال الأصول العمليّة بالنّسبة إلى الأدلّة ثانيها انّ المقتضى له فى المتعدّد هو البيع و قد وجد فى الواحد فيلحق به تنقيحا لمناط الحكم و لا اثر للتعدّد فى الخيار و ان ورد النصّ به لوروده مورد الغالب مع قصد التّنصيص به على الاشتراك و التّوطئة لذكر التفرّق و لو اثر فيه لأثر فى غيره ممّا ابتنى عليه فليسقط

ص: ۲۱

مع الاتّحـاد أكثر الأحكام و فيه انّ المناط ممّا لا يقطع به هنا فلا يكون حجّةً و الورود مورد الغالب لم يثبت و الأصل يـدفعه و دعوى انّه لا ـ اثر للتعـدّد فى الخيار استبعاد محض كما انّ ما ذكره فى الـذّيل استبعاد صـرف ثالثها عموم النصّ أخـذا بحقيقـة النّفى و حملا للتثنيـة على عمـوم المجـاز كمـا يتبه عليه سـوق النّصـوص و الاـقتران بخيـار الحيوان فى أكثرهـا و العموم فيه معلوم بـالخصوص و فى الصّحيح مـا الشّـرط فى الحيوان قال ثلثـة أيّام للمشترى قلت و ما الشّـرط فى غير الحيوان قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار بعـد الرّضا منهما و هـذا الحـديث يفصـح عن المطلوب فإنّه مع تضـمّنه لمّا ذكر عمّ المتّحد سواء لا فيعمّه جوابا و تعليلا ينشأ من التنبيه على علّة السّقوط بالافتراق فيعمّه حكما تمسّك بذلك فى المصابيح و جوابه يظهر ممّا سبق فى ردّ الوجه الأوّل و ليت شـعرى من اين اسـتفاد العموم مع ظهور الـدّليل فى خلافه و الاقتران من أسـباب الظّهور النّوعى و قد مرّ تقدّم الظّهور الشخصـى عليه و لعمرى انّه لو عرض اخبـار خيـار المجلس على أهـل اللّسان بـدويّهم و قرويّهم و بلـديّهم قاصـرهم و كاملهم لم يفهم احـد منهم منها ما ذكره الجماعـة و جاهـدوا فى إتقانه و بيانه مع انّ فهم بدويّ واحد مقدّم على تمام القواعد الأصوليّة و اللّغويّة كيف لا و ما أرسل اللّه رسولا الّا بلسان قومه لا بالقواعد و نحوها فتدبّر

قوله طاب ثراه مندفع باستقرار سائر أحكام المتبايعين (– اه–)

الموجود فى النّسـخة الّتى عنـدى و هى أصحّ نسخ المتن هو كلمة الاسـتقرار بالرّاء و فى بعض النّسخ إبدالها بالاسـتقراء بالهمزة و على كلّ منهما فما ذكره (– قـدّه–) محلّ مناقشـة لأنّ اسـتقرار سائر أحكام المتبايعين فى حقّ الواحـد الّـذى هو بائع و مشترى من جهتين لا ينفع فى إثبـات خيار المجلس الظّاهر دليله فى التعـدّد الحقيقى حتّى بناء على القياس لوجود الفارق هنا و هو عـدم كون موضوع سائر الأحكام المتعدّد حقيقةً بخلاف هذا و دعوى انّ جعل الغايةً التفرّق المستلزم للتعدّد مبنيّ على الغالب كما صدرت من الماتن (– ره–) فى ذيل هـذه العبارة كما ترى لأنّه إن تمَّ فى التّعبير بالتفرّق فلا يكاد يتمّ فى العدول عن التّعبير بمفارقة المجلس إلى افتراق المتبايعين و امّا الاستقراء فلا حجّة فيه عند الماتن (– ره–) الّذى لا يعتبر مطلق الظنّ و دعوى حصول القطع من مثل هذا الاستقراء كما ترى

قوله طاب ثراه من القول بالعدم (– اه–)

ظاهر (– ير–) كون ذلك قولا لبعض الأصـحاب لعـدم كون وضع التحرير على نقل قول العامّـة لكن أنكر ذلك فى المصابيح فقال انّه لبعض العامّة و لا قائل به من الأصـحاب و تبعه على ذلك فى مفتاح الكرامة و الأمر سهل بعد وجود القائل به ممّن أشار إليه المصنّف (– ره–) من الأـواخر و الأصـل فى ذلـك انّ الأصـل فى البيع و غيره هو اللّزوم و انّمـا خرج من ذلك البيع الصّادر من اثنين ما داما فى المجلس بحكم الأخبار الظّاهرة بل الصّـريحة فى الاثنينيّـة و بقى ما عـداه تحت الأصل و منه البيع الواقع من واحـد و ان شـئت قلت انّ قاعدة الاقتصار فيما خالف الأصل على مورد النصّ تقتضى ذلك و ثبوت الخيار خلاف أصل اللّزوم فيقتصر على مورد النّصوص و هو البيع الصّادر من اثنين فإن تثنية البيّعين يقضـى بالتّعدد الحقيقى و كذا تثنية يفترقا بل و نفس مادّة الافتراق ثمَّ الّذى فى صحيحة الحلبى قوله (– ص–) حتّى يفترقـا و ظهور حتّى فى التعـدّد الحقيقى غير خفيّ و فى صـحيح الفضـيل ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرّضا منهما فانّ مجموع العبارة و تثنيـة يفترقا و افترقا و لهما و منهما ظاهر فى التعـدّد الحقيقى و كـذا تثنيـة الضّـمير فى باقى الأخبار و احاديث قيام الباقر عليه السّلام عن مجلسه لا تدلّ الّا على التعدّد فتدبّر

قوله طاب ثراه و منه سقوط القول بانّ كلمة حتّى تدخل على الممكن و المستحيل (– اه–)

وجه السّـقوط ما أشار إليه الشـيخ الوالد روحى فداه من انّ دخول كلمة حتّى على المستحيل انما يكون فى صورة بيان استمرار المعنى أو اسـتحالة انتفـائه كما لو قال المعتقـد باسـتحالة الرّؤيـة لا افعل الفعل الفلانى حتّى ارى اللّه جهرة و من البين انّ ما نحن فيه ليس من هذا القبيل و انّما هو من قبيل إمكان الغاية و المغيّى جميعا

قوله طاب ثراه لكن الإشكال فيه (– اه–)

وجه الإشكال انّ المناط انّما ينفع إذا كان مقطوعا و لا ينفع المحتمل منه و لا يمكن فى الفرض القطع بالمناط مع قوّة احتمال مدخليّة الاثنينيّة و إمكان الافتراق فى ثبوت هذا الخيار

قوله طاب ثراه و الأولى التوقّف تبعا للتّحرير و (– مع صد–)

قال فى غاية الآمال انّه لا منافاة بين هذا الكلام و بين قوله آنفا خلافا للمحكى فى (– ير–) من القول بالعدم لأنّ حكاية القول فى التّحرير لا يقتضى اختياره فيه و هو ظاهر و كذا لا منافاة بينه و بين حكاية القول بثبوت الخيار عن المحقّق الثانى (– ره–) لأنّ الحاكى غير (– المصنف–) (– ره–) مع انّه يمكن ان يكون المحقّق الثانى (– ره–) قال بثبوت الخيار فى غير (– مع صد–) و توقّف فيه

قوله طاب ثراه ثمّ لو قلنا بالخيار فالظاهر (– اه–)

توضيح ذلك انّه على القول بثبوت الخيار للعاقد عن اثنين فلا إشكال فى سقوطه باشتراط السّقوط فى ضمن العقد و بإسقاطه بعد العقد و انّما الإشكال و الخلاف فى انّه يبقى الى ان يحصل احد المسقطين لا غير أم له مسقط أخر على قولين أحدهما عدم السّقوط إلّا بأحدهما و هو ظاهر الشّرائع و (– عد–) حيث عزيا القول الأخر إلى الشيخ (– ره–) فى (– ط–) و القاضى و الشّهيد فى الدّروس على ما حكى عنهما و صريح (– كرة–) و محكى تعليق (– شاد–) للكركى و هو لازم استضعاف المحقّق و الشّهيد الثّانيين و الميسى القول الأخر فتدبّر ثانيهما السّقوط بالمسقطين المذكورين و بمفارقة العاقد مجلس العقد حكاه فى (– ط–) قولا و احتمله فى (– لف–) و الإيضاح و غيرهما و افتى به الصيمرى فى محكى غاية المرام و غيره حجّة الأوّل أمران الأوّل انّ الواقع فى الأخبار هو الافتراق و هو غير ممكن الحصول هنا و مفارقة المجلس ممّا لا دليل على إسقاطها للخيار بل الدّليل على خلافها واضح السّبيل الا ترى انّهما لو خرجا مصطحبين لم يبطل خيارهما فيبقى استصحاب الخيار فى الفرض محكما الثّانى انّ العاقد فى الحقيقة بمنزلة اثنين عاقد عنهما و خيار المجلس يمتدّ ما دام المتبايعان مصطحبين و هو يصاحب نفسه دائما فكان ثابتا دائما إلى ان يتحقّق مسقط من إسقاط أو تصرّف كما لا يخفى حجّة الثّانى أمور الأوّل ان تفرق المتعاقدين مسقط و حيث لا يمكن مفارقة شخص نفسه كان مفارقة مجلس العقد نازلا منزلة مفارقة أحدهما الأخر الثّانى لزوم الضّرر لو دام الخيار الثّالث لزوم زيادة الفرع الّذى هو العاقد على الأصل الّذى هو المتعاقدان و قد حمل عليه تنقيحا للمناط و قد كان الخيار فى الأصل يزول بشىء معلوم فينبغى ان يكون فى الفرع مثله و الّا لخالفه الرّابع إطلاق ما دلّ على جواز بيع الوكيل ماله من موكّله و مال موكّله من نفسه و لو دام الخيار مع الاتّحاد وجب التّفصيل فى الأخبار الدالّة على ذلك بان يفرّق فيها بين شراء الوكيل لنفسه فيلزم البيع بالاختيار و بين شرائه لغيره فيقف اللّزوم على الافتراق لانّ الوكيل يتوخّى مصلحة الموكّل و لا مصلحة له فى دوام الخيار فى الأوّل كما أنّها موجودة فى الثانى و فى الجميع نظر امّا الأوّل فلانّ التنزيل يحتاج إلى دليل هو فى المقام مفقود و امّا الثّانى فلاندفاع الضّرر باشتراط سقوطه و الفسخ أو إسقاط الخيار و امّا الثالث فلانّ المخالفة مقلوبة لأنّ زوال الخيار فى الأصل بالتفرّق فلو كان هاهنا لمفارقة المجلس تخالف الأصل و الفرع و امّا الرّابع فلانّ تصرّف الوكيل منوط بالمصلحة مطلقا فان وجدت

ص: ۲۲

مع استمرار الخیار صحّ و الّا بطل بهذا الاعتبار و فی المسئلة احتمالات أخر أحدها انّ مدّة خیار العاقد عن اثنین أقصی مدّة الخیار مع تعدّدهما عادة لأنّ ذلک مدّة خیار المجلس شرعا و فیه نظر ظاهر ثانیها کونه علی الفور لانّه المتیقّن من دلیل ثبوت الخیار للعاقد عن اثنین فیقتصر فی الخروج عن أصالة اللّزوم علیه ثالثها ما احتمله الشّهید (- ره-) فی محکی الحواشی من انّ المولی علیهما ان کانا حاضرین فی المجلس فلهما الخیار إلی ان یتفرّقا الّا انّ الولی قائم مقامهما فی ذلک و فیه (- أیضا-) کسابقه نظر

[فی استثناء بعض الموارد التی قال بعض العلماء بعدم ثبوت خیار المجلس فیها]

قوله طاب ثراه قد یستثنی بعض اشخاص المبیع (- اه-)

قال بعض الأجلّة انّ عدّ هذه الأمور من المسقطات اولی بل متعیّن لانّ ترک عدّها منها انّما هو بزعم عدم المقتضی للخیار فی مواردها و ذلک زعم فاسد لأنّ المقتضی للخیار هو العقد و کون المبیع ممّن ینعتق علی المشتری و نحوه مانع فیتعیّن عدها من المسقطات و ما ذکره متین

قوله طاب ثراه من ینعتق علی احد المتبایعین

لم افهم الوجه فی التّعبیر بالمتبایعین مع انّ من ینعتق علی البائع قد انعتق بملکه إیّاه فلا ملک حتّی یبیعه فکان علیه عنوان المسئلة بشراء من ینعتق علی المشتری کما فعله العلّامة (- ره-) و غیره الّا ان یکون غرضه من إدخال البائع تعمیم الکلام لما إذا کان الثّمن مملوکا ینعتق علی البائع کما إذا باع دارا بعبد هو أبو البائع فإنّه هل ینعتق بمجرّد وقوع العقد أم لا

قوله طاب ثراه و المشهور کما قیل (- اه-)

القائل هو صاحب (- ئق-) فإنّه وصف عدم الثّبوت بالشّهرة

قوله طاب ثراه عدم الخیار مطلقا (- اه-)

ای لا للبائع و لا للمشتری و قد اختار هذا القول فی (- عد-) و (- کرة-) و (- مع صد-) و محکی تعلیق (- شاد-) و غایة المرام للصّیمری و (- لک-) و غیرها

قوله طاب ثراه بل عن ظاهر (- لک-) انّه محلّ وفاق (- اه-)

لم نقف علی ذلک فی (- لک-) و إن کان عدم عثوری لا یقضی بالعدم

قوله طاب ثراه و احتمل فی (- س-) ثبوت الخیار للبائع (- اه-)

الموجود فی (- س-) احتمالان أحدهما ثبوت الخیار للبائع بالنّسبة إلی نفس العین دون المشتری امّا عدم الثّبوت للمشتری فلإطلاق أدلّة انعتاق العمودین بنفس الملک و امّا ثبوت الخیار للبائع فلمراعاة حقّه و أصالة عدم سقوط حقّه بمجرّد کون المشتری أحد عمودی المبیع ثانیهما الثبوت لکلّ من البائع و المشتری و قد تبعه فی هذا الاحتمال جمع منهم صاحب (- ئق-) و لهم فی ذلک مسالک فمنهم من بنی ذلک علی عدم انتقال المبیع إلی المشتری إلّا بسقوط الخیار فما داما فی المجلس لم یملک من ینعتق علیه حتّی یترتّب علیه الانعتاق و (- کک-) ما لم تمض ثلثة أیّام لم یملک من ینعتق علیه و بیان فساد هذا المبنی یأتی عند تعرّض (- المصنف-) (- ره-) لذلک (- إن شاء الله-) (- تعالی-) و منهم من بنی ذلک علی إطلاق أدلّة الخیار بعد استضعاف مستند المشهور و منهم من بنی علی تعارض اخبار الخیار و اخبار العتق بالعموم و الخصوص من وجه و الترجیح لاخبار الخیار و أنت خبیر بأنّه فی غایة السّقوط و لیت شعری ما الّذی رجّح اخبار الخیار حتّی حکمت علی اخبار العتق بل الأمر بالعکس کما جزم به فی مفتاح الکرامة و غیره فرجّح اخبار العتق أوّلا بانّ العتق یترجّح عندهم بأدنی مرجّح و یغلب علی غیره خیارا کان أو غیره قال فلا مجال لان یقال انّه لمّا ثبت الخیار کان الملک متزلزلا فلا یلزم حصول العتق إذ هو تابع للملک الثّابت و ثانیا بما فهمه المحقّق الأردبیلی فی مجمع

الفائدة من عبارة (- كرة-) من عدم الخلاف فيه و ثالثا بأنّ أدلّة العتق أنصّ على هذا المورد من أدلّة الخيار و رابعا بانّ المشهور المعروف انّه يدخل فى ملك المشترى بنفس العقد فينعتق بمجرّد الملك و العتق لا- يقع متزلزلا و الحرّ لا يعود رقّا قال و من البعيد جدّا ما عساه يقال من انّه بالاختيار ينكشف عدم الملك انتهى و على تقدير تكافؤ الدّليلين يرجع إلى الأصل و هو يقتضى لزوم العقد فلا- معنى للقول بالجمع بين الدّليلين بناء على إنكار قاعدة عدم وقوع العتق متزلزلا و عدم عود الحرّ رقّا فانّ الظّاهر انّها مجمع عليها فيما بينهم هذا كلّه ان قلنا انّ النّسبة بين اخبار الخيار و اخبار العتق هى العموم و الخصوص من وجه و يمكن ان يقال ان النسبة هى العموم و الخصوص المطلق و ذلك لانّ اخبار الخيار أطلقت ثبوت الخيار و اخبار العتق أفادت انعتاق العمودين بمجرّد الشّراء و هو مناف لثبوت الخيار فإثبات الانعتاق بمجرّد الشّراء يدلّ بالدّلالة الالتزاميّة على عدم ثبوت خيار المجلس و لا الحيوان فيما إذا كان المبيع احد العمودين فيقيّد به إطلاق ما دلّ على ثبوت خيار المجلس فى كلّ بيع و خيار الحيوان فيما إذا كان المبيع حيوانا لكنّ الإنصاف انّه لا- منافاة بين إطلاقات الخيار و بين الانعتاق بمجرّد الشّراء لانّ مفاد الأوّل انّ البيع مقتضى للخيار ما داما فى المجلس و إلى ثلثة أيّام إذا كان المبيع حيوانا و اخبار العتق بضميمة قاعدة عدم عود الحرّ رقّا تفيد مانعيّة كون المبيع احد العمودين و حيث انّ اللّازم هو الاقتصار فى رفع اليد عن المقتضى على مقدار منع المانع و انعتاق العمودين بمجرّد الشّراء مع عدم عود الحرّ رقّا انّما يمنعان من استرداد البائع المبيع المنعتق على المشترى و استرقاقه و لا- يمنعان من الفسخ و استرداد البدل من باب كون المنعتق فى حكم التّالف فلذا نلتزم بأنّ للبائع ان يفسخ العقد بخيار المجلس أو الحيوان و يأخذ من المشترى القيمة لكون الإنسان قيميّا بل لا مانع من فسخ المشترى أيضا العقد بالخيار و استرجاعه الثّمن و اشتغال ذمّته بالقيمة بسبب كون المبيع فى حكم التّالف بفعله فتدبّر و انتظر لتمام الكلام

قوله طاب ثراه و الكلام فيه مبنىّ على المشهور (- اه-)

يعنى انّ الخلاف فى المسئلة و القول بعدم ثبوت الخيار مبنىّ على المشهور من حصول الملك فى البيع الخيارى بنفس العقد و امّا على القول بتوقّف حصول الملك على انقضاء الخيار فلا يتمشّى ذلك إذ لا إشكال فى ثبوت الخيار لانّ المانع من الخيار هنا انّما هو حصول الانعتاق و لا- ريب على هذا القول فى توقّف الانعتاق على حصول الملك فعلى القول بتوقّف الملك على انقضاء الخيار لم يحصل الملك فضلا عن الانعتاق المتفرّع عليه المانع من ثبوت الخيار و لا دليل على الانعتاق بمجرّد الشّراء من غير ملك حتّى يلتزم بالانعتاق فى الفرض حتّى بناء على عدم حصول الملك الّا بعد انقضاء الخيار

قوله طاب ثراه و الظّاهر انّه لا إشكال فى عدم ثبوت الخيار بالنّسبة إلى نفس العين (- اه-)

هذا مبنىّ على ما هو التّحقيق من كون النّسبة بين اخبار الخيار و اخبار الانعتاق هى العموم المطلق أو كون النّسبة هى العموم من وجه مع ترجّح اخبار العتق و ربّما يظهر من بعضهم إثبات الخيار فى نفس العين (- أيضا-) نظرا إلى كون النّسبة بين اخبار الخيار و اخبار الانعتاق هو العموم من وجه مع ترجّح اخبار الخيار و لكنّه ضعيف كما عرفت

قوله طاب ثراه فقد يقال انّه مقتضى الجمع (- اه-)

هذا الجمع يتمّ بناء على كلّ من القولين فى النّسبة بين اخبار الخيار و اخبار العتق من انّها هى العموم من وجه أو العموم المطلق امّا على الأوّل فلانّ التماس المرجّح بين العامين من وجه انّما هو عند عدم إمكان الجمع الصّحيح فإذا أمكن الجمع على هذا النّحو لم يكن للتّرجيح معنى و امّا على الثانى فكذلك كما عرفت

قوله طاب ثراه و ما فى (- كرة-) من انّه وطّن نفسه (- اه-)

لما بنى على الجمع و كان تماميّته موقوفة على ردّ ما استدلّ به على نفى الخيار فى المقام تصدّى لدفع الدّخل عليه بدليل النّافى و توضيح الدّليل انّ هذا العقد ليس عقد مغابنة

ص: ۲۳

من جهـة المشتری لأنّه قد وطن نفسه علی العتق و المقصود من الخیار ان ینظر و یتروّی لدفع الغبن عن نفسه و امّا من جهة البائع فهو و إن کان عقـد معاوضـة لکنّ النّظر الی جانب العتق أقوی و قـد یقرّر بأنه قد دخل فی ملکه بمجرّد العقد کما هو الفرض و انعتق بمجرّد الملـک و العتق لا ـ یقع متزلزلا ـ و الحرّ لا یعود رقّا و حکمـة الخیار هنا منتفیـة فی حق المشتری لأنّه قـد وطن نفسه علی الغبن المالی و المقصود من الخیـار ان یتروّی لـدفع الغبن عن نفسه مع قوّة جـانب العتق علی حقّ البائع کما قیل و لا دلیل علی قیام القیمـة مقامه علی نحو التّلف ان لم یکن علی عدمه کما انّه لا یصـغی الی تنزیله منزلته فضلا عن التزام کونه من أفراده لغة و عرفا و قد یعلّل عدم الخیار بالصّـحیح فیمن ینعتق من الرّجـال و النّسـاء و انّهم إذا ملکوا أعتقوا و انّهنّ إذا ملکن عتقن بـل فی کـثیر من النّصوص و العبـارات نفی الملـک و حقیقـة النّفی و أقرب مجـازاته ینفیـان الخیـار لأنّ أقرب المجازات نفی الأحکام و الآثار و أعظمها الخیار و الجواب امّا عن الدّلیل الأوّل فأوّلا انّه أخصّ من المدّعی لاختصاصه بصورة علم المشتری بأنّ المبیع ممّن ینعتق علیه و ثانیا ما أشار إلیه الماتن (- ره-) من انّ التوطین علی شـرائه عالمـا بانعتـاقه علیه لیس توطینـا علی الغبن من حیث المعاملـة کما انّ توطین البائع علی بیعه عالما بانعتاقه علی المشتری لیس توطینا علی الغبن و عـدم إمکان عود الرّق حرّا انّما یمنع من ردّ العین و استرداده و لا یمنع من الفسخ و أخذ القیمة کما لا یخفی و امّا عن الثانی فهو انّ نفی الملک لا یستلزم نفی الخیار و انّما آثار الملک البیع و الهبة و سائر التصرّفات المالکیّة

قوله طاب ثراه لکنّ الإنصاف انّه لا وجه للخیار لمن انتقل الیه (- اه-)

فیه منع ظاهر لأنّ غایة ما یستفاد من اخبار إیجاب التصـرّف و الإتلاف سـقوط الخیار انّما هو التصرّف و الإتلاف المتأخّران عن العقد الخیاری و این ذلک من تواطئهما علی العقد الّذی هو سـبب للتّلف الشـرعی و بعبارة أخری المسقط للخیار انّما هو الإتلاف الکاشف عن الرّضـا بـالبیع لا التّلف السّـماوی و الشـرعی و دعوی کون إقـدامهما علی المعاملـة مع علمهما بالانعتاق علی المشتری إقـداما علی إتلاف مالیّته و الإقدام علیه فی حکم اشتراط سقوط الخیار فی ضمن العقد ساقطة لعدم کون غرضهما بالبیع الإعتاق حتّی یکون إتلافا لمـالیّته بـل همـا انّمـا قصـد البیع الـذی کـلّ من الخیار و الانعتاق من اثاره و الّا فلو قصـد المشتری بالشّـراء الإعتاق بطل لانّ العتق فرع الملکیّـة و لقـد أجاد بعضـهم حیث قال انّ الشّـراء لیس إتلافا بحسب قصد المتعاقدین و ان علما انّ الحکم الشّـرعی ذلک فهو کما لو باعا مع العلم بوجود خیار المجلس أو الحیوان فإنّه لیس اقداما علی الخیار و جعلا له حتّی یکون راجعا الی خیار الشّـرط و إذا لم یکن إتلافـا فمقتضـی العموم ثبوت الخیار غایـة الأمر انّ نفس العین لمّا لم یمکن استرجاعها وجب دفع بـدله و المفروض انّ الخیار انّما هو فی العقد و لیس حقّا فی العین فیکون المقام نظیر ما إذا تلف احد العوضین انتهی فتدبّر

قوله طاب ثراه تقدیریّ لا تحقیقی (- اه-)

نظره فی بنـاء کون الاقـدام علی المعاملـة إتلافـا علی کون الملـک هنا تقـدیریّا لا تحقیقیّا إلی انّه علی القول بکون الملک تقـدیریّا لا یکون اثر البیع إلّا الإعتاق فیکون الإقـدام علی البیع اقـداما علی الإعتاق الذی هو إتلاف و هذا بخلاف ما لو قلنا بکون الملک تحقیقیّا لأنّهما قصـدا بالمعاملـة احـداث الملکیّـة دون الإعتاق الّـذی هو إتلاف و لکن فیه أوّلا انّ الملک هنا تحقیقیّ و انّهما قصـدا الی النّقل الحقیقی و الّا لـم یصـحّ و لم یترتّب أثره لأنّ البیع انّما وضع للنّقل الحقیقی دون التّقـدیری و الانعتاق حکم قهریّ تعبّدی حتّی انّ الحقّ انّه لو لـم یقصد بالشّـراء إلّا الإعتاق بطل العقد لکون العتق فرع الملکیّة و ثانیا انّ کون الشّراء إتلافا لا یتوقّف علی کون ملک المشتری تقدیریّا لانّ تملّکه و لو کان تحقیقیّا سبب لانعتاقه فورا الّا ان یقال انّ التقیید بالتقدیری لفرض القصد إلی الإتلاف فتأمّل

قوله طاب ثراه فتأمّل

یحتمل کون نظره فی الأمر بالتأمّل الی ما مرّ من منع کون الملک هنا تقـدیریّا و ربّما جعل الشـیخ الوالـد العلّامة أدام اللّه الباری ظلاله الأـمر بالتّأمّل للإشارة إلی منع کون تواطئهما قبل العقـد علی العقـد الّـذی هو سـبب للتّلف من التصـرّف و الإتلاف الموجبین لسـقوط الخیار لانّ ظاهر الأخبار کون المسـقط هو التصـرّف و الإتلاف المتأخّران عن العقد ثمَّ اسـتدرک روحی فداه ذلک بقوله لکن سیأتی

فی کلامه (- ره-) تقویة عدم الخیار فی صورة إقدام المتبایعین علی المعاملة مع العلم بکون المبیع ممّن ینعتق علی المشتری معلّلا بأنّهما قد تواطیا علی إخراجه عن المالیة الّذی هو بمنزلة إتلافه و ذلک یدلّ علی انّه (- ره-) لا یری التّفرقة بین التصرّف و الإتلاف المتأخرین و غیرهما و یعلم من ذلک انّ الأمر بالتأمّل هاهنا لیس لتوهین ما قبله بل لتأییده و تسدیده بالأمر بالتدبّر فیه و الوصول الی وجهه و الظّاهر انّ الوجه فیه هو انّ الإتلاف یوجب انتفاء الموضوع عمدا و اختیارا فالإقدام علیه عن علم و عمد یقتضی إسقاط حقّه فیسقط انتهی کلامه دام ظلاله و أقول انّ إرجاع الأمر بالتّأمّل الی ما قبل قوله (- ره-) و الحاصل لا یخلو من بعد فالوجه کونه إشارة الی ما نبّهنا علیه

قوله طاب ثراه و قد یقال (- اه-)

القائل هو الشّیخ المحقّق فرید الأیّام الشّیخ أسد اللّه التستری (- قدّه-) فی المقابیس و ربّما نوقش فی ذلک بانّ هذا التّفصیل انّما یناسب إرادة إثبات الخیار بالنّسبة إلی نفس العین لا بالنّسبة إلی القیمة کما هو مراد المفصّل إذ علی هذا لا فرق بین تقارن التّعلّقین و تقدّم أحدهما إذ غایة الأمر انّ العتق یحصل بمجرّد العقد فیکون بمنزلة تلف المبیع و هذا لا ینافی الخیار الّذی هو حقّ فی العقد ثمّ قال نعم لو قلنا انّ الخیار یتوقّف علی الملک بخلاف العتق و انّ العقد لا یؤثّر فی الملک أصلا و انّما أثره حصول الانعتاق من أوّل الأمر لا یثبت الخیار لکن هذا الوجه واضح الفساد مع انّه یکفیه الملک التّقدیری الّذی لا بدّ من التزامه هذا کلام المناقش و فیه نظر ظاهر ضرورة انّ نظر صاحب المقابیس فی التفرقة بین القول بحصول الخیار بمجرّد العقد و العتق بعد حصول الملک انا ما و بین الفروض الثّلث الأخر إلی أنّه فی الصّورة الأولی قد ثبت الخیار فلا یزول بعد عروض العتق و انّما یمنع العتق من أخذ العین دون القیمة و هذا بخلاف الفروض الثّلث الأخر فإنّ الخیار فیها مقارن للعتق أو متأخّر عنه فیمکن فیها دعوی عدم ثبوت الخیار حتّی بالنّسبة إلی القیمة نظرا الی دعوی أخصّیة أخبار العتق فالتّفصیل ان تمّ مستنده لجری؟؟؟ بناء علی إرادة إثبات الخیار بالنّسبة إلی القیمة (- أیضا-) لکن الشّأن فی تمامیّته فالأولی ردّه بمنع التمامیّة من حیث انّ تقدّم تعلّق الخیار و تأخّره لا مدخل له بعد إمکان إعمال کلّ من اخبار الخیار و اخبار العتق و ارتفاع التّعارض بینهما فلا تذهل

قوله طاب ثراه لأخصّیة أخبار العتق (- اه-)

قد بیّنا آنفا وجه الأخصیّة لکن قد عرفت انّ مجرّد الأخصیّة لا تنفع فی نفی الخیار بعد عدم التّعارض بین العام و الخاص و إمکان العمل بهما جمیعا بالحکم بالانعتاق و إثبات الخیار و الحکم باستحقاق الفاسخ البدل فراجع

قوله طاب ثراه و کون القیمة

ص: ۲۴

بدل العين (– اه–)

فيه منع توقّف استحقاق البدل على استحقاق المبدّل ان أريد باستحقاقه استحقاقه حقيقة لانتقاضه بموارد تلف المبدل حيث انّه لا معنى لاستحقاقه مع استحقاق بدله و لا يمكن فيها استحقاق المبدل حقيقة و ان أريد استحقاق المبدل فرضا و تقديرا فهو هنا موجود كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و يحتمل قريبا الثّبوت جمعا بين الحقّين

أراد بالحقّين حقى البائع و المبيع المعتق و الجمع بينهما عبارة عن بقائه على حريّته و رجوع ذى الخيار بالفسخ الّذى يستحقّه إلى القيمة كذا أفاد الشيخ الوالد العلّامة أدام البارى ظلاله و لازمه عدم ثبوت الخيار للمشترى (– أيضا–) و لكن فى العبارة مواضع تدلّ على إثبات الخيار للمشترى أيضا مثل قوله عملا بالنّصين فانّ المراد به نصوص الخيار نصوص الانعتاق و من البيّن انّ نصوص الخيار تضمّنت البيعين دون البائع وحده فالمراد بالحقّين حقّ الخيار الثّابت للبيّعين و حقّ الانعتاق الثّابت للمبيع

قوله طاب ثراه و دفعا للمنافاة من البين (– اه–)

المراد بالمنافاة المقصود دفعها هى المنافاة المتصوّرة فى بادى النّظر بين استحقاق البائع للفسخ المقتضى لرجوع كلّ من العوضين الى صاحبه الأصلى لتعذّر عود المنعتق حرّا و وجه الدّفع انّه يفسخ فيرجع الى قيمة المنعتق لتعذّر عينه فيرتفع المنافاة

قوله طاب ثراه و بالإجماع على عدم إمكان (– اه–)

عطف على النّصين و توضيحه انّه لمّا كان لازم الاقتصار على العمل بالنّصين من دون ضمّ دليل أخر هو رجوع المشترى الى الثّمن و بقاء المبيع على الحريّة و لازم ذلك زوال يد البائع عن العوضين فلذا ضمّ الى العمل بالنصّين العمل بالإجماع على عدم إمكان زوال يد البائع عن العوضين ليحصل من الجمع بين الجميع استحقاق من له الخيار للفسخ و بقاء المبيع المنعتق على حريّته و رجوع البائع إلى القيمة

قوله طاب ثراه فالأقرب الأخير (– اه–)

أراد بالأخير ما ذكره بقوله و يحتمل قريبا الثّبوت

قوله طاب ثراه أقول ان قلنا (– اه–)

قال والدى روحى فداه فى غاية الآمال انّ ظاهر إطلاق التّعليل بقوله نظرا الى انّ خروج احد العوضين (– اه–) غير واف بإثبات الحكم المقيّد المعلّل به لأنّ مؤدّى المعلّل هو انّه إذا وقع الفسخ كان لازمه ان ينتقل الملك الى من انتقل عنه أوّلا من ملك من انتقل إليه أوّلا و لا يكفى مجرّد الانتقال الى من انتقل عنه أوّلا على ايّ وجه كان و مؤدّى التعليل هو انّ خروج احد العوضين كالثمن مثلا من ملك البائع يستلزم دخول المبيع فى ملكه و هذا القدر لا يعطى خصوصيّة كون انتقال المبيع من ملك المشترى الى ملك البائع و لكن الظّاهر انّه اعتمد فى التّقييد على وضوحه ضرورة ان خروج احد العوضين عن ملك أحدهما و لو ببيعه على ثالث مثلا لا يستلزم دخول العوض فى البيع الأوّل فى ملكه فالمراد انّ خروج احد العوضين بوصف كونه عوضا عن ملك أحدهما المستلزم لهدم العوضيّة و هدم المعاوضة يستلزم دخول الآخر فيه و ربّما كان فى التّعبير بأحد العوضين إشارة إلى التقييد أو ظهور فيه و أراد بقوله و لو تقديرا الملك الّذى يفرض آنا ما انتهى كلامه دام ظلاله ثمَّ اعلم انّه ربّما جزم بعضهم بالشقّ الأوّل من شقّى ترديد (– المصنف–) (– ره–) فاعتبر فى الفسخ بالخيار أو التّقايل خروج الملك عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه نظرا منه فى هذا الاعتبار الى انّ فسخ العقد عبارة عن حلّه و اعادة كلّ ما كان مفاده إلى الحالة السّابقة و مفاد العقد تمليك كلّ منهما صاحبه ماله بعوض فلازم الفسخ ردّ ما انتقل عنه الى ملكه و ردّ ما انتقل إليه إلى ملك مالكه الأوّل و فيه انّ كون فسخ العقد عبارة عن حلّه و اعادة ما كان مفاده و إن كان مسلّما الّا انّ الإعادة قد تكون حقيقيّة كما إذا كانت العين باقية و قد تكون تنزيليّة بإعادة البدل كما إذا كانت العين تالفة أو

خارجة عن ملکه فاعتبار خروج الملک عن ملک من انتقل إلیه إلی ملک من انتقل عنه مطلقا ممنوع و الفسخ لا یقتضی إلّا ردّ العین إن کانت موجودة و ردّ بدلها من العین و القیمة إن کانت تالفة أو کالتّالفة علی انّا لو سلّمنا اعتبار عود الملک تقدیرا نقول انّ عود الملک تقدیرا و فرضا هنا (- أیضا-) ممکن کما یفرض المملوکیة فی الحرّ إذا أرید تقویمه و کما یفرض عود الملک فی الأعیان التالفة بافة سماویّة و لقد أجاد ذلک البعض حیث قال لا نسلّم انّ لازم الوجه الأوّل ما ذکره (- المصنف-) (- ره-) من عدم الخیار و ذلک لانّ العبد و ان لم یمکن کونه مملوکا للمشتری و یسترجعه البائع حقیقة الّا انّه یمکن تقدیر کونه مملوکا له فیقال بعد الفسخ انّ العبد الّذی تلف عند المشتری بالانعتاق کأنّه ملک البائع حین الفسخ و هو موجود عند المشتری فلا بدّ من إعطاء عوضه کما فی سائر موارد الفسخ مع تلف العین و لا یعتبر تقدیر ملکه له قبل الانعتاق لیکون منعتقا فی ملکه بل یکفی تقدیر ملکیة حین الفسخ فتدبّر

قوله طاب ثراه إذ برفع العقد لا یقبل المنعتق علیه لان یخرج من ملک المشتری الی ملک البائع و لو تقدیرا (- اه-)

الضّمیر المجرور بعلی عائد إلی المشتری و کان الأولی ترک الجار و المجرور لانّ ذکره مضافا الی کونه موجبا لخفاء المقصود مشتمل علی حزازة من جهة ذکر المشتری بعده مظهرا و کلمة لو فی أخر العبارة وصلیّة

قوله طاب ثراه کما لو فرض بیع المشتری للمبیع فی زمن الخیار ثمّ فسخ البائع (- اه-)

قال والدی روحی فداه فی غایة الآمال انّ التشبیه راجع الی النّفی لا المنفیّ فإنّه لا یمکن فی المفروض تقدیر المبیع بعد الفسخ قبل الانعتاق خارجا عن ملک المشتری الی ملک البائع لکونه فی حال الفسخ ملکا لمن اشتراه من المشتری انتهی کلامه دام ظلاله قلت قد أصاب مراد المصنّف (- ره-) و إن کان فی أصل الدّعوی نظر ظاهر لانّ کون المبیع فی حال الفسخ ملکا لمن اشتراه من المشتری إنّما یمنع من خروج المبیع بعد الفسخ قبل الانعتاق عن ملک المشتری الی ملک البائع حقیقة و لا یمنع من خروجه تقدیرا و فرضا کما لا یخفی

قوله طاب ثراه لأنّهما قد تواطیا علی إخراجه عن المالیة (- اه-)

قد مرّ بیان سقوط ذلک فی شرح قول الماتن (- ره-) لکنّ الإنصاف انّه لا وجه للخیار (- اه-) فراجع و تدبّر حتّی یظهر لک انّ الأقوی ثبوت الخیار لکلّ من البائع و المشتری و استحقاق البائع القیمة إذا فسخ و المشتری الثمن إن کان باقیا و بدله إن کان تالفا غایة ما هناک انّه إذا أخذ الثمن غرم قیمة العبد للبائع لتفویته علیه ماله

قوله طاب ثراه فتأمّل

استظهر روحی فداه فی غایة الآمال کون الأمر بالتأمّل للإشارة إلی انّ أولویّة الدّفع من الرّفع انّما هی من قبیل الأولویّة الاعتباریّة الغیر المتحقّقة فلا مجال لاعتبارها بحیث تصلح دلیلا شرعیّا و یحتمل کونه للإشارة الی انّ سقوط الخیار بالإتلاف انّما هو لکشفه عن الرّضاء بالعقد فقیاس الإقدام علی البیع الّذی هو أعمّ من الرّضا بلزوم البیع قیاس مع الفارق

قوله طاب ثراه بناء علی تملّک الکافر للمسلم اختیارا (- اه-)

(۱۱) الوجه فی هذا القید ظاهر ضرورة انّه بناء علی ملکه له بالاختیار لا مانع من ثبوت الخیار و عوده الیه بالفسخ و ان حکمنا بوجوب بیعه علیه قهرا أیضا و یتصوّر بیع الکافر للعبد المسلم فیما إذا کان المولی مسلما و کان مالکا لعبد مسلم ثمّ ارتدّ المولی فإنّه یباع علیه قهرا و الّا فعلی القول الأظهر من عدم ملک الکافر للمسلم اختیارا لا یعقل ملکه بالشّراء و لا بالإرث لأنّ مورّثه إن کان مسلما یرث الکافر منه و ان کان کافرا لم یکن لملکه للمسلم سبیل الّا ان یکون قد ارتدّ ثمّ مات قبل ان یباع علیه

ص: ۲۵

عبده المسلم فانتقل الى وارثه

قوله طاب ثراه فإنّه قد يقال (- اه-)

فى المسئلة أقوال أحدها هذا و حجّته ما أشار إليه المصنّف (- ره-) و الجواب امّا عمّا احتجّ به للشقّ الأوّل و هو عدم ثبوت الخيار بالنّسبة إلى العين من عدم جواز تملّك الكافر للمسلم فهو انّ الممنوع منه انّما هو الملكيّة المستقرّة دون مطلق الملك و غاية ما ثبت انّه إذا دخل فى ملكه يباع عليه قهرا و هذا مسلّم و لكنّه لا يقتضى سقوط الخيار إذ لا مخصّص لإطلاقات الخيار و توهّم انّ المنفىّ مطلق الملك (- أيضا-) ساقط إذ لو لا ملكه إيّاه لم يكن لاستحقاقه ثمنه فى صورة بيعه عليه قهرا وجه مع انّ النّاطق ببيعه عليه قد نصّ على دفع ثمنه اليه فقد روى حماد بن عيسى عن الصّادق عليه السّلام انّ أمير المؤمنين صلوات اللّه و سلامه عليه اتى بعبد ذمّى قد أسلم قال اذهبوا فبيعوه من المسلم و ادفعوا ثمنه لصاحبه و لا تقرّوه عنده و أية نفى السّبيل (- أيضا-) لا تنفى مطلق الملك و انّما تنفى استدامته و استقراره و امّا ما احتجّ به للشقّ الثانى و هو عدم ثبوت الخيار بالنّسبة إلى القيمة فجوابه يظهر ممّا سبق من منع توقّف الفسخ على رجوع العين الى مالكه الأصلى مع انّه على فرض التنزّل و تسليم ذلك يمكن تقدير عود المسلم الى ملك الكافر بمقدار يثبت عليه بدله لانّ المانع من تملّك الكافر للمسلم انّما هو كونه سبيلا منفيّا و الملك انا ما المصحّح للفسخ ليس بسبيل

قوله طاب ثراه فيوافق مقتضى كلام فخر المحقّقين فى الإيضاح (- اه-)

هذه العبارة الّتى استفاد الماتن (- ره-) منها القول الثانى و هو عدم ثبوت الخيار للبائع و ثبوته للمشترى موجودة فى بيع الإيضاح حيث انّه عند الكلام فى ردّ العبد المسلم المشترى من كافر إذا ظهر به عيب قال ما لفظه الأقوى عندى انّ الكافر إذا أسلم يباع على سيّده من مسلم لانّه قد زال ملك السيّد عنه و بقى له حقّ استيفاء ثمنه فى رقبته لا بمعنى انّه يملكه لانّ الملك سبيل و هو منفىّ لعموم الآية فهذا البيع الى الكافر استنقاذ و الى المشترى كالبيع انتهى و ظاهره ما فى المتن و فيه ما أشار إليه

قوله طاب ثراه و ان تردّد فى القواعد (- اه-)

الوجه فى تردّده هو التردّد فى انّ مطلق الملك من السبيل المنفىّ حتّى لا يمكن عوده اليه بالفسخ أو انّ المنفىّ الملك المستقرّ فلا مانع من عوده اليه بالفسخ و ان بيع عليه قهرا و من هنا ظهر وجه ثالث فى المسئلة و هو التّفصيل بين العين و القيمة بجواز الفسخ بالنّسبة إلى القيمة دون العين فاذا فسخ أخذ القيمة دون العين امّا عدم استحقاق العين فلأنه نفى السّبيل و امّا استحقاق القيمة فلإطلاق الخيار بعد كون القيمة بدله و عدم منع أية نفى السّبيل عن أخذها لكن فيه انّ أية نفى السّبيل لا تمنع من أخذ العين (- أيضا-) و انّما تمنع من استقرار الملك و ذلك منتف بسبب البيع عليه قهرا

قوله طاب ثراه و الأقوى فى المسئلة (- اه-)

ما اختاره هنا مناف لما اختاره فى مبحث شروط المتعاقدين فى ذيل الكلام على اشتراط كون المشترى مسلما فيما إذا كان المبيع عبدا مسلما فإنّه قد اختار هناك عدم الثّبوت مطلقا استنادا الى ما نقلناه عنه مع جوابه فى شرح قوله فإنّه قد يقال و حكى هناك عن المحقّق الثانى فى (- مع صد-) الاستدلال لثبوت الخيار لكلّ من البائع و المشترى بأنّ العقد لا يخرج عن مقتضاه بكون المبيع عبدا مسلما لكافر لانتفاء المقتضى لأنّ نفى السّبيل لو اقتضى ذلك لاقتضى خروجه عن ملكه ثمّ تنظر فيه أوّلا بانّ عدم صلاحيّة نفى السّبيل لاقتضاء الخروج عنه لا وجه له لانّه عامّ و لم يخرج عن تحته الّا الملك الابتدائى و ثبوت السّبيل بمقداره و هذا لا يستلزم خروج عود العبد المسلم الكافر بالفسخ عن تحته بأن ينتفى حكم نفى السّبيل فيثبت له السّبيل على العبد المسلم العائد إليه بفسخ البيع فيسقط بذلك أية نفى السّبيل عن قوّة اقتضاء الخروج عن مقتضى العقد و حاصل ما ذكره انّ تطرّق التّخصيص الى العام بوجه لا يوجب سقوط حجيّة فى سائر الأفراد و فيه انّ خرج الملك الابتدائى عن تحت عموم نفى السّبيل لم يكن بدليل مخصّص بل انّما هو لعدم كون الملك المستعقب للبيع عليه قهرا سبيلا و هذا المعنى بعينه موجود فى عود الملك بالفسخ فيلزم خروجه عن تحت العموم

کخروج الابتدائی و ثانیا بانّ استلزام البیع للخیارات لیس عقلیّا بل تابع لدلیله الّذی هو أضعف من دلیل صحّة العقد الّذی خصّ بنفی السّبیل فهذا اولی بالتخصیص به و فیه منع تخصیص دلیل صحّة العقد بنفی السّبیل فانّ الحقّ صحّة العقد و لزوم بیعه علیه قهرا لانّ الآیة انّما تنفی السّبیل الّذی لا یصدق مع الملک المقرون بالحجر علیه فی التصرّف و البیع علیه قهرا فلا تنفی الآیة الملک الحاصل بالفسخ أیضا مع الاقتران بالحجر و البیع علیه قهرا و ثالثا بأنّه علی تقدیر مقاومة دلیل الخیار لایة نفی السّبیل یتساقطان فیرجع الی أصالة بقاء المال علی ملک المشتری و عدم زواله بالفسخ و الرّجوع و فیه انّ دلیل الخیار انّما یرفع الید عنه إذا ثبتت حکومة الآیة فاذا سلّم عدم حکومتها کان اللّازم اتّباع دلیل الخیار لعدم معاوضة الآیة (- ح-) إیّاه لأنّها انّما تنفی السّبیل فاذا ثبت عدم کون الملک الملحوق بالحجر و البیع علیه قهرا سبیلا انتفی موضوع الآیة و بقی دلیل الخیار سلیما عن المعارض فلا تعارض حتّی یتساقطا و یرجع الی الأصل و لعلّه الی هذا أشار الماتن (- ره-) عقیب هذا الوجه من النّظر بالأمر بالتأمّل و ربّما جعل والدی الشّیخ العلّامة أدام اللّه ظلاله وجه الأمر بالتّأمّل هو الإشارة الی انّ فرض المقاومة یوجب الخروج عن مفروض المقام و مبناه و ذلک لانّ المقاومة مبتیّة علی ان یکون نفی السّبیل حاکما علی أدلّة الخیار و مع فرض عدم حکومته لا یکون حاکما علی أدلّة صحّة العقد و علی أدلّة الإرث فیتعارضان فیلزم الرّجوع فی صورة اشتراء الکافر للعبد المسلم الّتی هی مورد التّعارض إلی أصالة الفساد و فی الانتقال إلیه بالإرث إلی أصالة عدم الانتقال فلا یبقی لبیع الکافر للمسلم (- ح-) وجه حتّی یفرض له خیار و یبحث عنه ثمّ انّه روحی فداه احتمل عود الأمر بالتأمّل إلی الاعتراض الثّانی حیث قال و یمکن ان یکون إشارة إلی توهین ما ذکره من کون دلیل صحّة العقد مخصّصا بنفی السّبیل من جهة انّه إذا فرض تخصیصه به و الحال انّه لا فرق بین دلیل صحّة العقد و بین دلیل الانتقال بالإرث لزم ارتفاع موضوع هذه المسئلة لانّ البحث عن ثبوت الخیار عند بیعه العبد المسلم من المسلم فرع تملّکه له و قد فرض انّ أدلّة الانتقال قد خصّصت بنفی السّبیل انتهی کلامه دام ظلاله و أنت خبیر بما فیه لانّ الکلام فی هذا الفرع انّما هو بناء علی ثبوت ملکه له مع انّ الجواب عن الاعتراض ما مرّ و رابعا بأنّ إلزامه بإسقاط نحو خیار المجلس أو مطالبته بسبب ناقل یمنع الرّجوع و یلزم منه تخسیر للمال لیس بأولی من الحکم بعدم جواز الرّجوع لیکون خروج المسلم عن ملک الکافر الی ملک المسلم بمنزلة التصرّف المانع من الفسخ و الرّجوع و یمکن المناقشة فیه بإثبات الأولویّة من حیث کون الحکم بعدم الجواز مستلزما لطرح أدلّة الخیارات بخلاف الإلزام بإسقاط الخیار فإنّه یقتضیه ما اقتضی إجباره علی البیع و من جمیع ما ذکرنا ظهر سقوط ما تمسّک به هناک علی عدم ثبوت الخیار من انّ الفسخ احداث ملک فینتفی لعموم نفی السّبیل لتقدیمه علی أدلّة الخیار

ص: ۲۶

كما يقدّم على أدلّة البيع هذا مع انّ هذا الّذى ذكره مناف لما أسبقه فى صدر المسئلة هناك من عدم تماميّة أية نفى السّبيل و منع حكومتها على عموم ما دلّ على صحّة البيع و العقد و حلّ أكل المال بالتّجارة و ربّما بنى المسئلة هناك على انّ الزّائل العائد كالّذى لم يزل أو كالّذى لم يعد قال فان قلنا بالأوّل ثبت الخيار لانّ فسخ العقد يجعل الملكيّة السّابقة كان لم تزل و قد أمضاها الشّارع و أمر بإزالتها بخلاف ما لو كانت الملكيّة الحاصلة غير السّابقة فإنّ الشّارع لم يمضها ثمّ قال لكن هذا المبنى ليس بشىء لوجوب الاقتصار فى تخصيص نفى السّبيل على المتيقّن انتهى و قد بان لك ما فيه ممّا مرّ من عدم نفى الآية الملكيّة الغير المستقرّة و قد تلخص من جميع ما ذكرنا انّ الأقوى هو ثبوت الخيار حتّى بالنّسبة إلى العين لكلّ من البائع و المشترى لإطلاقات الخيار بعد عدم منع الآية منه بعد اقتران الملك بالحجر عليه و قهره على البيع

قوله طاب ثراه و قد مرّ بعض الكلام فى ذلك فبشروط المتعاقدين

قد بان لك ما ذكره هناك و انّ ما اختاره هنا مخالف لما اختاره هناك

قوله طاب ثراه بناء على جوازه (- اه-)

ينبغى الكلام إجمالا فى هذا المبنى فنقول انّ شراء العبد نفسه من مولاه قد يكون لغيره و قد يكون لنفسه امّا الأوّل فالمشهور بين الأصحاب جوازه مطلقا سواء اذن له المولى فى ذلك قبل العقد أم لا لوجود المقتضى و هو العقد بعد عدم كون العبد مسلوب العبارة بالمرّة و انّما المانع منه الحجر عليه الّا بإذن المولى فاذا باشر شراء نفسه للموكّل من المولى كان اقدام المولى على بيعه من موكّل العبد إذنا له فى قبول الوكالة فيقع العقد صحيحا و بعبارة أخرى صدور إيجاب البيع من المولى مخاطبا به إيّاه يدلّ ضمنا على اذنه له فى قبول الوكالة عن الموكّل و لا يقدح عدم قابليّة المشترى للقبول فى زمان الإيجاب لأنّ هذا الشّرط ليس على حدّ غيره من الشّروط المعتبرة فى كلّ من المتعاقدين من أوّل الإيجاب إلى أخر القبول بل هو نظير اذن مالك الثّمن فى الاشتراء حيث يكفى تحقّقه بعد الإيجاب و قبل القبول الّذى بنى المشترى على إنشائه فضولا و هناك قولان اخران أحدهما عدم الصّحة أرسله فى (- ثق-) قولا بعد وصفه للقول بالصّحة بالشّهرة استنادا الى اشتراط مغايرة المشترى للمبيع حقيقة لا بالاعتبار و لاستلزام ذلك كون السيّد موجبا قابلا لان يد العبد كيد السيّد و إيجابه و قبوله بإذنه بمنزلة إيجاب السيّد و قبوله بنفسه و فى الوجهين جميعا نظر امّا الأوّل فلمنع اعتبار المغايرة الحقيقيّة لعدم الدّليل على اعتباره و لو شكّ فأصالة عدم اعتباره الرافعة للشكّ المأخوذ فى موضوع أصالة عدم ترتّب الأثر كافية فى إثبات المطلوب فالمغايرة الاعتباريّة (- ح-) كافية و لا مجال للتمسّك بأصالة عدم كفاية الاعتباريّة لانقطاعها برفع أصالة عدم اشتراط المغايرة الحقيقيّة للشكّ المأخوذ فى موضوعها و على ذلك بنوا فى الأصول تقدّم الأصول السببيّة على الأصول المسببيّة فإن قلت انّ أصالة عدم اعتبار المغايرة الحقيقيّة ليست ذات أثر شرعىّ و الأصل المثبت للآثار الغير الشّرعيّة ليس بحجّة قلت أوّلا انا لا نريد إثبات صحّة العقد بأصالة عدم اعتبار المغايرة الحقيقيّة و انّما ندفع بها المانع و نثبت الصحّة بعمومات العقود و ثانيا انّا لو سلّمنا عدم اعتبار الأصل المذكور نقول انّ العقد مقتضى و الشكّ انّما هو فى مانعيّة الاتّحاد الحقيقى و قد جرى ديدن العقلاء على عدم الاعتناء بالمانع المشكوك بعد إحراز المقتضى الّا ان يمنع كون ذلك عقدا و هو كما ترى و امّا الوجه الثّانى ففيه انّ كون يده بمنزلة يد المولى و إيجابه و قبوله بمنزلة إيجاب المولى و قبوله لا يجدى فى اتّحادهما لانّ التّنزيل أصرح شاهد على المغايرة و هو كاف كيف و قد حقّقنا فى كتاب النّكاح من منتهى المقاصد كفاية المغايرة الاعتباريّة بين الموجب و القابل فضلا عن الحقيقيّة التنزيليّة مضافا الى انّ عقد العبد لا يبطل رأسا بل يقف على الإجارة فليقف هنا (- أيضا-) ثانيهما ما عن ابن البراج من انّه لا يصحّ ذلك الّا ان يأذن سيّده له بذلك قبل العقد و لعلّ نظره الى انّ العقد لا يصحّ من الأجنبىّ إلّا بعد تحقّق وكالته و وكالته لا تتمّ إلّا بإذن المولى فما لم يأذن المولى له فى ذلك و لم يجز وكالته لم يقع الشّراء بعد ذلك صحيحا و أنت خبير بانّ اجازة المولى و اذنه فى الوكالة ليس شيئا زائدا على رضاه المستكشف بقول منه أو فعل و لا ريب فى انّ نفس اقدامه على بيع العبد من العبد إمضاء للوكالة فيكون عقد البيع بعد

ذلک واقعا بین المالک و بین الوکیل الثّابت الوکالة فیقع صحیحا ماضیا فما هو المشهور هو المنصور و امّا الثّانی و هو شراء العبد نفسه من المولی لنفسه فامّا علی المشهور المنصور من عدم ملک العبد شیئا فلا معنی لصحّة البیع ان اشتری نقدا لأنّه یعتبر فی البیع کون الثمن للمشتری و المبیع للبائع و کلاهما هنا للمولی فلا یتحقّق البیع و ما صدر من بعضهم من التّفصیل بصحّة البیع ان جعلناه عبارة عن مبادلة مال بمال و عدم صحّته ان جعلناه عبارة عن التّملیک لا وجه له لانّ من جعل البیع عبارة عن مبادلة مال بمال یعتبر أیضا عدم کون الثّمن و المثمن جمیعا شیئا واحدا لعدم تعقّل بیع الإنسان أحد مالیه بماله الأخر نعم لو اشتری العبد نفسه من المولی نسیئة و قلنا بانّ للعبد ذمّة یجوز ان یشتری لنفسه نسیئة و یستدین علی ذمّته بإذن المولی صحّ و الّا فلا و امّا علی القول بانّ العبد یملک ففی شراء نفسه من مولاه لنفسه وجهان أحدهما المنع و الثّانی الجواز للاوّل منهما وجهان الأوّل انّ مقتضی البیع هو المغایرة بین البائع و المشتری و المبیع حقیقة و

جوابه ما مرّ آنفا من منع اعتبار المغایرة الحقیقیّة الثانی عدم تعقّل تملّک الإنسان نفسه و دعوی کفایة المغایرة الاعتباریّة نظیر تملّکه ما علی نفسه کالدّین یبیعه الدّائن من المدیون غایة الأمر انّه بعد هذا الاعتبار یسقط المال عن کونه مملوکا کما صدرت من بعضهم لا وجه لها لعدم الدّلیل علی کفایة المغایرة الاعتباریّة فی تملّک الإنسان لنفسه و بیع الدین علی من هو علیه لیس من هذا القبیل و إذ قد عرفت ذلک کلّه فاعلم انّه لا إشکال فی ثبوت الخیار فیما لو اشتری العبد نفسه لموکّله من مولاه و امّا لو اشتری نفسه لنفسه من مولاه و قلنا بجواز ذلک فالأظهر أیضا ثبوت الخیار لإطلاق دلیله فما علیه جماعة من عدم ثبوت الخیار له و لا للمولی حتّی بالنّسبة إلی القیمة نظرا الی انصراف أدلّة الخیار الی غیر الفرض فیبقی هذا تحت أصالة اللّزوم لا وجه له لمنع الانصراف لفقد شیوع الاستعمال الّذی هو مناط الانصراف و لیس ندرة الفرد وجودا من أسباب الانصراف علی التّحقیق و لو شکّ فی الانصراف فالحکم هو الإطلاق نعم لمّا کان ملکه لنفسه موجبا لحریّته و الحرّ لا یعود رقّا کانت نتیجة الخیار السلطنة علی أخذ القیمة عند الفسخ علی نحو ما مرّ فی شراء من ینعتق علی المشتری

قوله طاب ثراه فتأمّل

وجه الأمر بالتّأمّل انّ عدم اندفاع الإشکال فرع وروده و هو مبنیّ علی احتمال اعتبار قابلیّة العین للبقاء و هو احتمال موهوم ضعیف و علی تقدیر الإغماض عن ضعفه یدفعه الأصل و ربّما احتمل بعض تلامذة (- المصنف-) (- ره-) کونه للإشارة الی انّ عدم قابلیّة العین

ص: ۲۷

للبقاء إذا فرض كونه مانعا فإنّما يمنع من امتداد الخيار بامتداد المجلس و لا يقتضى سقوط أصل الخيار

قوله طاب ثراه و غيرهما

مثل مجمع الفائدة حيث عزى فيه (- أيضا-) ذلك الى علمائنا و فى (- لك-) انّه لا خلاف فيه بين علمائنا و تمسّك لذلك فى (- كرة-) بأنّ الأصل اللزوم و عدم عروض الجواز خرج عقد البيع لقوله عليه السّلام البيعان بالخيار فيبقى الباقى على اللّزوم بمقتضى عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

[مسألة لا يثبت خيار المجلس فى شىء من العقود سوى البيع]

قوله طاب ثراه بل جزم فى (- كرة-) (- اه-)

قال فى (- كرة-) اعلم انّ العقد امّا ان يكون جائزا من الطّرفين كالشركة و الوكالة و القراض و الوديعة و العارية أو جائزا من احد الطّرفين لازما من الأخر كالضّمان و الكتابة و لا خيار فى هذين القسمين امّا الجائز من الطّرفين فلأنهما بالخيار ابدا فلا معنى لخيار المجلس و امّا الجائز من أحدهما فلهذا المعنى من حيث هو جائز فى حقّه و الآخر دخل فيه موطّنا نفسه على الغبن و مقصود الخيار التروّى لدفع الغبن عن نفسه انتهى

قوله طاب ثراه و لعلّ مراده التصرّف المرخّص فيه شرعا للقابل

أراد قدّس سرّه بهذا الحمل و التّوجيه لكلام الشّهيد دفع ما أورده عليه فى مفتاح الكرامة من انّه مع انّه خاصّ بأحد الطّرفين لا دليل عليه كيف و الإذن المسوّغ للتصرّف حاصل بالعقد هذا و لكن على فرض اندفاع ذلك يبقى الإيراد عليه من وجه أخر و هو انّ ما ذكره غير معنى الخيار و من وجه ثالث و هو عدم معقوليّة مثل ذلك فى الوديعة لامتناعه فيها مطلقا اللّهمّ الّا ان يراد بالتصرّف فيما يتعلّق بالحفظ و هو بعيد

قوله طاب ثراه فهو الّذى يمكن توقّفه على انقضاء الخيار الّذى جعل الشيخ (- ره-) أثرها البيع متوقّفا عليه حيث قال انّ البيع لا يملك الّا بعد انقضاء مدّة الخيار

قوله طاب ثراه و الّذى يخطر بالبال (- اه-)

الّذى يظهر لى انّ النّزاع بين المثبت و النّافى لفظى فمن منع من دخول خيار المجلس فى العقود الأربعة و غيرها ممّا عدا البيع أراد خيار المجلس المشروط بشروط خاصّة و المغيّى بغاية مختصّة هى افتراق المتبايعين و ان سلم الخيار العام الثّابت بنفس العقد الجائز الى أخر الأبد لو لا المانع و من حكم بدخول خيار المجلس فيها أراد الخيار العامّ الّذى هو اثر جواز العقد و يشهد بما ذكرنا عبارة (- ط-) و (- ئر-) فإنّه فى الأوّل و ان صرّح بما سمعت من العبارة الّا انّه قد صرّح فى غير موضع متّصلا بذلك متقدّما و متأخّرا باختصاص خيار المجلس بالبيع فقال (- ره-) قبل ذلك بعدّة أسطر ما نصّه إذا أحال لغيره بمال عليه و قبل المحتال الحوالة لم يدخله خيار المجلس لانّه يختصّ بالبيع انتهى و قال بعد ذلك بيسير و امّا الشّفيع فقد ملك الشّقص بالثّمن و ليس له خيار المجلس لانّه ليس بمشتر و انّما أخذه بالشفعة انتهى دلّ على اختصاص خيار المجلس بالأخذ الّذى هو مشترى و قال بعد ذلك (- أيضا-) و امّا الإجارة فعلى ضربين أحدهما معيّنة مثل ان يقول أجرتك دارى هذه أو فرسى هذا أو عبدى هذا شهرا من وقتى هذا أو يومى هذا فيذكر مدّة معيّنة فهذا لا يدخله خيار المجلس لانّه ليس ببيع انتهى و قال بعد عبارته المزبورة بلا فصل و امّا القسمة فعلى ضربين قسمة لا ردّ فيها و قسمة فيها ردّ و على الوجهين معا لا خيار فيها فى المجلس لأنّها ليست ببيع انتهى الى غير ذلك من كلماته الصّريحة غاية الصّراحة فى كون مراده بالخيار الّذى أثبته فى الوكالة و العارية و الوديعة و القراض و الجعالة هو بمعنى الخيار الدّائم المعبّر عنه بجواز العقد و أصرح من ذلك عبارة (- ئر-) فإنّه مع تصريحه بمثل ما سمعت من الموارد فى (- ط-) و غيرها صرّح فى خصوص المقام بما يفيد

كون مراده بالخيار جواز العقد دائما لأنّه قال (- ره-) و امّا الوكالة و العارية و الوديعة و القراض و الجعالة فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع لانّ هذه العقود جائزة من جهة المتعاقدين غير لازمة فمن أراد الفسخ فسخ انتهى فإنّه صريح فيما قلناه و (- ح-) فاعتراض العلّامة (- ره-) على إجماع (- ف-) و توهينه له بمخالفة المدّعى نفسه فى (- ط-) لم يقع فى محلّه

قوله طاب ثراه فتأمّل

جعل الشيخ الوالد روحى فداه الأمر بالتّأمّل للإشارة الى انّ كلام ابن إدريس (- ره-) حيث كان ظاهرا فى المعنى المذكور من جهة التّعليل المذكور فى كلامه فلا مناص من كون المراد به ما هو ظاهره و ان كان مؤدّاه فى غاية البعد و الرّكاكة و امّا كلام الشّيخ (- ره-) فليس ظاهرا فى ذلك فلا وجه لحمل كلامه عليه مع بعده لفظا و معنى و لا يصير كلام ابن إدريس (- ره-) قرينة على مراد الشّيخ (- ره-) و تفسيرا له قلت قد سمعت عبارة (- ئر-) و هى غير ظاهرة فيما استفاده منها الماتن (- ره-) و انّما هى كعبارة (- ط-) توافق ما استفدناه فتدبّر

[مسألة مبدأ هذا الخيار من حين العقد]

قوله طاب ثراه و لا اشكال فيه لو قلنا (- اه-)

قد أوضحنا فى مبحثى الصّرف و السّلم من منتهى المقاصد الكلام فى شرطيّة القبض قبل التفرّق بالنّسبة إلى العوضين فى الصّرف و العوض فقط فى السّلم و نقحنا وجوب التقابض وجوبا تكليفيّا (- أيضا-) مضافا الى الوجوب الشّرطى فى الصّرف دون السّلم و لا يسع هذا المختصر لنقل ذلك كلّه فمن أراد ذلك راجعه و مجمل القول فى ذلك انّهم اختلفوا فى التقابض قبل التفرّق فى الصّرف تارة فى وجوبه الشّرطى فالمشهور بين الأصحاب الثّبوت بل لم ينقل فى ذلك خلاف صريح و انّما حكى الشّهيد (- ره-) فى محكى الحواشى قولا لم يسمّ قائله بالتّفصيل بين بيع الذّهب بالذّهب و الفضّة بالفضّة و بين بيع أحدهما بالآخر بالاشتراط فى الأوّل دون الثّانى و اخرى فى وجوبه الشّرعى فأثبته من القائلين بالوجوب الشّرطى الشّيخ (- ره-) فى (- ط-) و الحلّى فى (- ئر-) و العلّامة فى التذكرة و الشهيد فى ظاهر (- س-) و نفاه جمع منهم و هو ظاهر سكوت اخرين و معظم الأصحاب فى السّلم على الوجوب الشّرطى لقبض رأس المال قبل التفرّق و اثبت الوجوب الشرعى (- أيضا-) له العلّامة فى (- كرة-) فكلّ من قال فى شىء من الموضعين بالوجوب الشّرعى قال بالوجوب الشّرطى (- أيضا-) و لا عكس فلا يتوهّم من مقابلة الماتن (- ره-) بينهما ارادته نقل القول بالوجوب الشّرعى دون الشّرطى

قوله طاب ثراه امّا للزوم الرّبا كما صرّح به فى صرف التذكرة

قال فى (- كرة-) لو تعذّر عليهما التقابض فى المجلس و أراد الافتراق لزمهما ان يتفاسخا العقد بينهما فان تفرّقا قبله كان ذلك ربا و جرى مجرى بيع مال الرّبا بعضه ببعض نسيئة و لا يغنى تفرّقهما لانّ فساد العقد انّما يكون به شرعا كما انّ العقد مع التّفاضل فاسد و يأثمان به انتهى فأفاد هذا الكلام كون قبض أحدهما بدون قبض الأخر موجبا للرّبا من جهة اشتمال المقبوض من جهة حصوله بيد القابض على الفضل على غير المقبوض من جهة عدم حصوله فى يد من أريد انتقاله اليه هذا و لكن لا يخفى عليك ما فى تعليل الوجوب الشّرعى بذلك من نظر لانّ بيع مال الرّبا بعضه ببعض نسيئة انّما يستلزم الرّبا و يحرم إذا كان الزّمان ممّا له قسط من الثّمن امّا الزّمان القصير الّذى لا يقابل بمال عرفا فليس بيع الرّبوى بمثله مؤجّلا بذلك الأجل رباء لعدم الزّيادة فى أحد الطّرفين حتّى يكون رباء و المطلوب انّما هو إثبات وجوب التّقابض شرعا فى الصّرف و السّلم قبل التفرّق و لو خطوتين و من المعلوم انّ زمان الافتراق خطوتين لا يقابل بمال عرفا و عادة فلا

ص: ۲۸

يكون ربا فالدّليل (- ح-) أخصّ من المدّعى لإثباته حرمة الافتراق قبل التقابض إذا كان الزمان طويلا يقابل بمال عادة مع ان الرّبا انّما يلزم فى متّحدى الجنس و المدّعى أعمّ من ذلك لاندراج بيع الذّهب بالفضّة و بالعكس فيه مع انّه لا مانع من ذلك مع التفاضل لعدم لزوم الرّبا لاشتراطه باتّحاد الجنس و من المعلوم كون الذّهب و الفضّة جنسين فاستدلال العلّامة قدّس سرّه ساقط من أصله و انّما الوجه فى القول بالوجوب الشّرعى أيضا مع الوجوب الشّرطى فى التّقابض فى الصّرف كما هو المختار انّ الأخبار الواردة فى خصوص التقابض قبل التفرّق فى بيع الصّرف قسمان أحدها ما هو ظاهر أو نصّ فى الإرشاد إلى الشّرطيّة و فساد العقد بالإخلال بالتقابض الى حال التفرّق مثل صحيحه منصور بن حازم عن أبى عبد اللّه صلوات اللّه و سلامه عليه قال إذا اشتريت ذهبا بفضّة أو فضّة بذهب فلا تفارقه حتّى تأخذ منه و ان نزى حائطا فانز معه حيث نهى عليه السّلام عن المفارقة و أمر بأن ينزو معه ان نزى حائطا فإنّ المراد به هو الوجوب الشّرطى قطعا إذ لو كان المراد هو الوجوب الشرعى لم يكن للأمر بالنّزو معه وجه لانّ التّارك للواجب (- ح-) انّما هو النّازى أوّلا- كما لا يخفى و ثانيهما ما لم يظهر منه الإرشاد إلى الفساد و (- ح-) فما علم انّه للإرشاد يحمل عليه و يحتجّ به للوجوب الشّرطى و ما لم يعلم كونه للإرشاد فمقتضى القاعدة حمله على بيان الوجوب الشّرعى و الاحتجاج به له لانّ الحمل على الإرشاد خلاف الأصل فلا- يصار اليه الّا مع ظهور الخطاب فيه و على هذا ففى الأخبار دلالة على كلّ من الوجوب الشّرطى و الشّرعى و لا مخالفة فى شىء منهما للإجماع فنفتى بهما جميعا و هذا بخلاف السّلم فإنّه لا خبر فيه يدلّ على اعتبار قبض رأس المال قبل التفرّق حتّى يمكن اجراء نحو هذه المقالة فيه و انّما استدلّوا هناك بوجوه ان تمّت لم تفد الّا الوجوب الشّرطى دون الشّرعى و لذا قلنا فى الصّرف بالوجوب الشّرعى و الشّرطى جميعا و جزمنا فى السّلم بعدم الوجوب الشرعى و ممّا ذكرنا ظهر سقوط ما صدر من بعضهم من منع دلالة الأخبار على الوجوب الشّرعى

قوله طاب ثراه و امّا الوجوب الوفاء بالعقد

قد وقع الاستدلال لوجوب قبض رأس المال قبل التفرّق فى السّلم وجوبا شرعيّا بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ من حيث انّ مقتضاه عدم جواز ابطال العقد فيجب اقباض الثمن و قبضه قبل التفرّق كى لا يبطل العقد و لكن فيه نظر ظاهر لمنع حرمة الإخلال بشرط العقد حرمة تشريعيّة و انّما المحرّم ترك الوفاء بالعقد بعد استجماعه لشروط الصحّة مراعاة لحال المعقود له لا ترك إيجاد أصل شرط صحّته فإنّه لا دليل على حرمته لانّ المشروط عدم عند عدم شرطه فلا عقد حتّى يجب الوفاء به و وجوب إيجاد العقد بإيجاد شرطه و حرمة ترك الإيجاد ممّا لا دليل عليه بل لو قلنا بكون التقابض شرط لزوم الصّرف لا شرط صحّته كما هو احد الوجهين فى المسئلة لم يكن (- أيضا-) لهذا الاستدلال وجه لانّ العقد و ان حصل على هذا الفرض قبل التقابض الّا انّه غير لازم و نقض العقد الغير اللازم جائز غير محرّم مع انّ الحقّ كونه شرط الصّحة كما نقحناه فى منتهى المقاصد

قوله طاب ثراه و ان لم يكن بنفسه مملّكا

غرضه ان وجوب الوفاء بالعقد لا يختصّ بالعقد التّام المستعقب للأثر بل يعمّه و العقد المتوقّف تمام تأثيره على شىء و فيه ما عرفت

قوله طاب ثراه لأنّ ثمرة الخيار (- اه-)

علّة لعدم الإشكال فى كون مبدإ الخيار من حين العقد بناء على وجوب التّقابض وجوبا تكليفيّا و هو تعليل حسن و تحقيق متقن و ربّما نوقش فيما ذكره بأنّه بعد وجوب التّقابض لا معنى للخيار الّذى لازمه عدم وجوب التّقابض فلو توقّف جريان الخيار على وجوب التّقابض لزم من وجوده عدمه و ما يلزم من وجوده عدمه فهو فاسد و أجيب تارة بأنّ الخيار انّما يتوقّف على وجوب التقابض لو خلى و طبعه و ان لم يكن واجبا من جهة الخيار و ردّ بأنّ القائلين بوجوبه يقولون به فعلا و لازمه عدم الحكم بالخيار و اخرى بأنّ وجوب التقابض معلّق على بقاء العقد و الخيار فى الفسخ و الإبقاء لا يستلزم عدمه و انّما يمكن تفويت موضوعه و ذلك لا ينافى الوجوب المعلّق فوجوب التّقابض حاصل فعلا- حتّى مع الخيار لكن له ان يفسخ العقد و يزيل موضوعه فهو نظير الصّوم حيث انّه واجب فعلا

على المكلّف الحاضر عينا لكن له ان يسافر فيرتفع موضوع الوجوب فجواز السّفر لا ينافى وجوب الصّوم فى موضوع الحاضر

قوله طاب ثراه لانّ المفروض بقاء سلطنة كلّ من المتعاقدين (- اه-)

حاصله انّ الفسخ يتعلّق بالعقد الموجب لانتقال كلّ من العوضين الى غير صاحبه به و بعد كون التقابض شرط الصّحة كما هو الحقّ فلا عقد حتّى يوجب الفسخ حلّه و أجاب عن ذلك بقوله و يمكن ان يكون أثره (- اه-) مريدا به انّ الفسخ كما يرفع الصّحة التّامّة عن العقد و يوجب حلّه فكذا يرفع الصحّة التأهّلية و الإيجاب و القبول الواقعان فى الصّرف و السّلم لهما صحّة تأهّلية بمعنى تاهّلهما للتّماميّة و استعقاب الأثر على فرض لحوق التّقابض فالفسخ يزيل ذلك التّاهّل

قوله طاب ثراه ثمَّ ان تفرّقا عن تراض لم يحكم بعصيانهما (- اه-)

لا يخفى عليك منافاة ذلك لما سمعته منه آنفا من الحكم بوجوب التقابض قبل التفرّق وجوبا تكليفيّا للزوم الرّبا ضرورة انّه بعد لزوم الرّبا لا ينفع تراضيهما فى رفع الحرمة نعم لو كان وجوب التّقابض من باب وجوب الوفاء بالعقد كان لارتفاعه بالتراضى وجه كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و ممّا ذكرنا يظهر الوجه (- اه-)

قلت اما كون المبدء على القول بالنّقل من حين الإجازة فظاهر لا حاجة فيه الى ما سبق لانّه قبل الإجازة لا عقد و لا نقل حتّى يثبت الخيار و امّا كون المبدء على القول بالكشف (- أيضا-) من حين الإجازة فلا وجه له و ظهوره ممّا ذكره غير ظاهر و ربّما وجه بعضهم ذلك بانّ مبدأ الخيار و إن كان من حين العقد الّا ان العقد لا يصير عقدا الّا بعد الإجازة فمبدء عقدهما أوّل زمان الإجازة و الّا فهو قبلهما غير مربوط بهما و لو على القول بالكشف فلا يعقل مالكيّة الفسخ قبلها بالنّسبة إليهما و إن كانت معقولة بالنّسبة إلى الفضوليين و أنت خبير بما فيه لأنّه ان أريد ملك الفسخ ملكا فعليّا ظاهرا و واقعا بحيث يمكن إيقاعه قبل لحوق الإجازة فهو ممنوع بالنّسبة إلى الفضوليّين (- أيضا-) لانّه قبل لحوق الإجازة لم يعلم تحقّق العقد حتّى يؤثر فسخهما المبنى على تحقّق العقد و ان أريد ملك الفسخ شأنا بحيث يستكشف بلحوق الإجازة ثبوتها فى الواقع من حين العقد فذلك جار بالنّسبة إلى الفضوليّين و الأصيلين جميعا مع انّ ما ذكره الموجّه لم يسبق فى كلام الماتن (- ره-) حتّى يصحّ قوله و ممّا ذكرنا يظهر بل مقتضى ما أسبقه الماتن (- ره-) من الاكتفاء فى الخيار بالصّحة التأهّلية للعقد و انّه يصحّ الفسخ بمجرّد ثبوتها هو القول بكون مبدء الخيار فى الفضولى بالنّسبة إلى الأصيلين من حين العقد لتحقّق الصّحة التّأهّلية بالنّسبة إلى عقد الفضوليّين فتدبّر

قوله طاب ثراه لا خلاف ظاهر (- اه-)

قد نفى الخلاف فى ذلك جمع ففى مجمع الفائدة انّه لعلّه لا خلاف بيننا فيه و فى (- ئق-) انّه لا خلاف فيه بين الأصحاب و فى

ص: ۲۹

و فی مفتاح الکرامهٔ انّه لم أجد فیه مخالفا و فی الرّیاض و المستند انّه (- ککک-) بلا خلاف یعرف و فی کشف الظّلام انّه لا خلاف فیه حکایهٔ و تحصیلا و فی الجواهر انّه لا خلاف أجده فیه و فی هدایهٔ الأنام لا نعرف فی ذلک خلافا بیننا

[فی مسقطات خیار المجلس]

[فی سقوط خیار المجلس باشتراط سقوطه فی ضمن العقد]

اشارهٔ

قوله طاب ثراه و عن الغنیهٔ الإجماع علیه

قال فی الغنیهٔ و لا یسقط إلّا بأحد أمرین تفرق و تخایر فالتفرّق ان یفارق کلّ واحد منهما صاحبه بخطوهٔ فصاعدا عن إیثار و التخایر علی ضربین تخایر فی نفس العقد و تخایر بعده فالأوّل ان یقول البائع بعتک بشرط ان لا یثبت بیننا خیار المجلس فیقول المشتری قبلت و الثّانی ان یقول أحدهما لصاحبه فی المجلس اختر فیختار إمضاء العقد یدلّ علی ذلک إجماع الطّائفهٔ انتهی و هو ظاهر (- کرهٔ-) (- أیضا-) حیث قال فی بحث خیار الحیوان هذا الخیار و خیار المجلس یثبتان بأصل الشّرع سواء شرطاه فی العقد أو أطلقا امّا لو شرطا سقوطه فإنّه یسقط إجماعا انتهی و قد ادّعی الإجماع الفقیه الغروی (- أیضا-)

قوله طاب ثراه و یدلّ علیه (- اه-)

قد وقع الاستدلال علی ذلک فی کلماتهم بوجهین أحدهما استصحاب لزوم العقد بعد اختصاص نصوص الخیار بحکم التّبادر بغیره و یمکن المناقشهٔ فیه بمنع التبادر المعتبر فیبقی إطلاق نصوص الخیار محکما و من هنا ظهر انّ ما صدر من صاحب الجواهر (- ره-) من التمسّک بالأصل مع الشّک فی تناول الأدلّهٔ له فی غیر محلّه لانّ الشّک فی التّناول علّهٔ تامّهٔ للتعلّق بأصالهٔ الإطلاق کما قرّر فی محلّه الثّانی ما تمسّک به فی الغنیهٔ من قول النّبی صلّی اللّه علیه و آله البیعان بالخیار ما لم یفترقا الّا بیع الخیار بتقریب انّه قد استثنی بیع الخیار و هو الّذی لم یثبت فیه الخیار بما قدّمه من حصول التخایر باشتراط سقوطه فی العقد بان یقول البائع بعتک کذا بکذا بشرط ان لا یثبت بیننا خیار المجلس فیقول المشتری قبلت أو بالإسقاط بعد العقد بان یقول أحدهما لصاحبه فی المجلس اختر فیختار إمضاء العقد بل عن بعض العامّهٔ تفسیره بالأوّل خاصّهٔ و أنت خبیر بما فیه أوّلا من فقد الاستثناء فی أخبارنا و النّبوی (- ص-) ضعیف السّند و لا جابر لهذه الفقرهٔ منها و ثانیا انّه لا یعقل إرادهٔ قسمی التخایر من المستثنی و لا مرجّح لأحدهما فکما یمکن ان یراد به اشتراط السّقوط فی ضمن العقد فکذا یمکن ان یراد به ما فی الخبر الأخر عنه صلّی اللّه علیه و آله انه قال المتبایعان بالخیار ما لم یفترقا عن مکانهما فاذا افترقا أو یقول أحدهما لصاحبه اختر فلا خیار بل قد یحتمل ان یکون المراد به الّا البیع المشتمل علی خیار الشّرط و نحوه فیکون استثناء من المفهوم

قوله طاب ثراه و قد یتخیّل معارضته (- اه-)

الضّمیر للعموم ای قد یناقش فی التمسّک بعموم الشروط بمعارضته لاخبار الخیار بالعموم من وجه و الرّجحان لتلک و المناقش هو صاحب الجواهر و الجواب ما فی المتن من مساواهٔ الطّائفتین فی الاستفاضهٔ أو التّواتر و قوّهٔ السّند و ظهور الدّلالهٔ و نحو ذلک فالترجیح من حیث الدّلالهٔ و السّند مفقود و موافقهٔ عمل الأصحاب فی خصوص المقام لا یکون مرجّحا بعد العلم بانحصار مستندهم فی عموم أدلّهٔ الشّروط کما یظهر من کتبهم و یتبیّن من زبرهم فان قلت انّ المرجّح الدّلالی موجود و هو وجود العامّ فی اخبار الخیار مثل قوله علیه السّلام فی صحیح الحلبی المتقدّم أیّما رجل اشتری من رجل بیعا فهو بالخیار حتّی یفترقا الحدیث و اخبار الشرط

مطلقات و العامّ أقوى دلالة من المطلق خصوصا مع عروض التقييد له قطعا مع عدم ثبوت عروض التّخصيص للعام (- ككـ-) قلت أوّلا انّ خبر الحلبى ليس عامّا من حيث البيوع بل عمومه من حيث البائعين و ذلک لا يوجب قوّة دلالته من حيث البيوع (- أيضا-) قوّة مرجّحة له على إطلاق الشّروط و ثانيا انّ خبر الشروط (- أيضا-) عام و ليس بمطلق و ثالثا انّ الظّهورات الشخصيّة مقدّمة و لا قوّة هنا لظاهر اخبار الخيار على اخبار الشّرط کی ترجّح عليها فان قلت هب انّ المرجّح السّندى و الدّلالى مفقودان و لکن عمل الأصحاب مرجّح و كون مستندهم اخبار الشّرط ممنوع و لو سلّم فقد يصير مرجّحا (- أيضا-) لإطلاق ما دلّ على الترجيح به نصّا و فتوى و اعتبارا لاحتمال كشفه عن اقترانه بما يوجب تقديمه على معارضه من قرائن حاليّة أو مقاليّة لم تنقل إلينا استغناء عنها بعلمهم به قلت ما ذكرته كلّه خرص و تخمين لا يعتمد على مثله الّا من يعتمد على الظّنون المطلقة و نحن لا نقول بذلک هذا

قوله طاب ثراه و نحوه فى الضّعف التمسّک بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (- اه-)

المتمسّک هو صاحب الجواهر

قوله طاب ثراه إذ فيه انّ أدلّة الخيار (- اه-)

قد انتصر بعض مشايخ العصر (- قدّه-) لشيخه صاحب الجواهر (- قدّه-) فأجاب عن هذا الاعتراض بانّ المفروض هو الشکّ فى تناول أدلّة الخيار لهذا البيع لو لا إعراض الأصحاب و أكثر المسلمين عنها هنا و (- ح-) فيراد بها البيع المجرّد عن الشّرط المذكور و أنت خبير بما فيه أوّلا- من انّ المستدلّ لم يتمّ الاستدلال بالآية بالشکّ فى تناول أدلّة الخيار للمقام فكون المفروض ذلک ممنوع فتأمّل و ثانيا من منع الشکّ فى التّناول و لو كان لكان علّة تامّة و التعلّق؟؟؟ بأصالة إطلاق النصّ و اعراض الأصحاب لا يقدح سيّما بعد معلوميّة كون منشئه الأخذ بعمومات الوفاء بالشرط هذا و ربّما تصدّى بعضهم لتوجيه استدلال صاحب الجواهر (- ره-) فاحتمل كون غرضه انّ هذا العقد من حيث اشتماله على الشّرط كأنّه ينحلّ الى عقدين و بيع و شرط و أخصيّة دليل الخيار انّما تنفع بالنّسبة إلى حيثيّة البيعيّة لا بالنّسبة إلى حيثيّة الشرطيّة فلو فرضنا عدم وجود مثل قوله تعالى المؤمنون عند شروطهم أمكن إثبات وجوب الوفاء بالشّروط ب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و إذا كان العقد المذكور بمنزلة عقدين و فرض انّ دليل الخيار اثبت الخيار فى ذلک العقد من حيث بيعيته لا من حيث شرطيّته فيكون عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بالنّسبة إلى حيثيّة الشرطيّة حاكما على دليل الخيار و إن كان أخصّ منه إذ هو نظير ما إذا صالح عن إسقاط خياره بشىء فإنّ دليل وجوب الوفاء بهذا الصّلح و لو كان عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و هو أعمّ من دليل الخيار الّا انّه مقدّم عليه و كذا إذا صالح على إسقاط الخيار فى ضمن عقد البيع كما إذا قال بعتک و صالحتک عن خيارى فقال الأخر قبلت فانّ مقتضى صحّة هذه المعاملة سقوط الخيار و لا يضرّه كون دليل وجوب الوفاء عموم أَوْفُوا فإنّه مخصّص بأدلّة الخيار بلحاظ كونه بيعا و باق على عمومه بلحاظ كونه صلحا

قوله طاب ثراه لانسياق اخبار الخيار (- اه-)

ربّما اعترضه بعض مشايخ العصر (- قدّه-) بانّ مرادهم بالسّقوط هنا كما لا يخفى على المتتبّع لعبارات الشّيخ (- ره-) و من تأخّر عنه فإنّها أجمع على الظّاهر على نحو عبارة الغنية السّابقة انّما هو عدم الثبوت من أوّل الأمر على وجه التّخصيص لأدلّة الخيار لا على وجه عروض المسقط له بعد ثبوته على نحو عروض النّذر و نحوه و إنكار ذلک ان لم يكن غفل عن ملاحظة كلامهم قد يشبه المكابرة خصوصا مع ملاحظة الاستدلال عليه بالنبوى الصّريح فى التخصيص انتهى و أنت خبير بانّ الماتن (- ره-) ليس بصدد الجمع بين كلمات الأصحاب أو فهمها بل غرضه نفى التّعارض بين الأخبار و قد قرّره على وجه يليق ان يكتب بالنّور على خدود الحور كما لا يخفى على المتأمّل (- المنص-) و المتدبّر الغير المتعسّف

قوله طاب ثراه منها صحيحة مالک بن عطيّة (- اه-)

رواها الكلينى (- ره-) عن محمّد بن يحيى عن احمد بن محمّد عن

ص: ۳۰

ابن محبوب عن مالك بن عطيّة عن سليمان بن خالد عن ابى عبد اللّه عليه السّلام فكان الأنسب أن يسمّيها (- المصنف-) (- ره-) بصحيحة سليمان بن خالد لانّه الرّاوى عن الإمام عليه السّلام دون مالك بن عطيّة

قوله طاب ثراه و الرّواية محمولة (- اه-)

غرضه بذلك دفع ما قد يقال من انّ الشّرط فى الخبر ابتدائىّ فلا يكون الخبر معمولا به حتّى ينفع الاستشهاد به و وجه الدّفع حمل الرّواية بقرينة الإجماع على صورة وقوع الاشتراط فى ضمن عقد لازم و ربّما احتمل فقيه آل يس (- قده-) كون الجارية فى مورد الرّواية لابن العبد ثمّ بعد ذلك قال لها هل لك ان أعتقتك فى مكاتبتك و قد كاتبها فوجب عليه دفع شىء من المال بناء على لزومه على المكاتب به فيكون الشرط المذكور مأخوذا فى إعطائه لها فلا يحتاج إلى قرينة الإجماع الّذى ادّعاه الماتن (- ره-) لأجل تطبيق الرّواية على كون الشّرط فيها مأخوذا فى عقد لازم فتأمّل

قوله طاب ثراه لانّ الشّرط فى ضمن العقد الجائز (- اه-)

ربّما يزاد على ذلك فيقال بلزوم تبعيّة هذا الشّرط للعقد و ان قلنا بلزوم الشّرط فى ضمن العقد الجائز (- أيضا-) و ذلك لانّ هذا الشّرط لا قوام و لا موضوع له غير العقد فانفساخ العقد موجب لزوال موضوع الشّرط المذكور و مثله كلّ شرط لا تقوّم له بدون العقد و هو كلام متين

قوله طاب ثراه امّا الأوّل فلانّ الخارج (- اه-)

محصّل هذا الجواب على ما فى غاية الآمال دفع الدّور بمنع التوقّف من جانب لزوم الشّرط نظرا الى انّ لزوم الشّرط يستفاد من عموم مثل قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم خرج ما خرج و بقى الباقى فهو عامّ مخصّص و العام المخصّص حجّة فى الباقى و الشّرط فى ضمن العقد الجائز الغير الباقى على الجواز ممّا لم يخرج بالتّخصيص فلزوم الشّرط موقوف على عموم قوله عليه السّلام المؤمنون عند شروطهم و ليس موقوفا على لزوم العقد المأخوذ فيه و بعبارة أخرى عموم الشّروط يشمل الشّرط الابتدائى و الشرط فى ضمن العقد الجائز بالذّات الغير اللازم بالعرض و الشّرط فى ضمن العقد اللازم بالذّات الغير الجائز بالعرض و الجائز بالعرض و الشّرط فى ضمن العقد الجائز بالذّات اللّازم بالعرض خرج الأوّلان من تحته بالإجماع و بقى الباقى و منه الفرض و (- ح-) نقول انّ لزوم العقد موقوف على لزوم الشّرط فعلا و لزوم الشّرط ليس موقوفا على لزوم العقد فعلا بل يتوقّف على لزومه بالذّات و ان جاز فعلا فالموقوف غير الموقوف عليه و هذا التّقرير اولى من تقرير (- المصنف-) (- ره-) كما لا يخفى و ربّما اعترض بعض مشايخ العصر (- ره-) على (- المصنف-) بأنّه لا مانع من لزوم التّابع ما دام المتبوع الجائز موجودا فى الخارج فيجب على الوكيل مثلا ان يفعل ما شرط عليه فى عقد الوكالة ما دام وكيلا و ان كان له ان يعزل نفسه عنها فلا يجب عليه ذلك و المستحيل لو سلّم فإنّما هو وجوب فعله على كلّ حال و ان فسخ الوكالة و ذلك غير لازم من عموم الشّروط كما هو واضح بأدنى تأمّل مع انّ وجوب عدم الفسخ الثّابت بالشّرط ليس عين لزوم العقد فى وجه قوىّ نعم لو كان المراد منه الوجه الأخر أو التّخصيص و عدم ثبوت الخيار فيه ابتداء كما هو ظاهر المشهور كان عين لزومه أو بمنزلته الّا انّ ذلك ممّا لا يستفاد من العموم المزبور كما مرّ مع انّه و ان لم يلزم منه التفكيك بينهما الّا انّه غير دافع للدّور قلت ما ذكره (- قدّه-) ينحل إلى إيرادات ثلث أحدها منع عدم إمكان التفكيك بين التّابع و المتبوع فى اللّزوم و الجواز و فيه انّه خلاف مقتضى التّأمّل ضرورة أنّ الفرع لا يزود على الأصل فكيف يعقل لزوم الشّرط مع جواز العقد المأخوذ ذلك فى ضمنه و اللّزوم المقيد الّذى فرضه و مثّل له بالشّرط المأخوذ فى عقد الوكالة ليس لزوما فى الحقيقة كما لا يخفى على المتأمّل ثانيها منع كون لزوم الشرط فى الفرض عين لزوم العقد و فيه انّه إنكار للوجدانى فانّ مؤدّى الشّرط فى المقام ليس الّا لزوم ذلك العقد و ثالثها انّه غير دافع للدّور و فيه انّه لا معنى للدّور بعد نفى التوقّف من احد الطّرفين بدعوى انّ لزوم الشّرط متوقّف على عموم المؤمنون عند شروطهم لا على لزوم العقد المأخوذ فيه فجواب (- المصنف-) (- ره-) موجّه متين فتدبّر

قوله طاب ثراه و امّا الثّانی فلان (- اه-)

قد أجیب عن الإشکال الثّانی بوجوه أشار المصنّف (- ره-) الی اثنین منها الأوّل ما فی الرّیاض من انّ ثبوت الخیار انّما هو مقتضی العقد المطلق لا المشروط بإسقاطه فإنّ مقتضاه (- ح-) هو السّقوط فیلزم لانّ الشّرط علی هذا جزء من العقد و الی ذلک أشار الماتن (- ره-) بهذه العبارة المتضمّنة لتقریرین الثّانی انّ مقتضی الجمع بین دلیل اعتبار عدم مخالفة الشّرط لمقتضی العقد و بین دلیل الشّرط هو کون العقد مقتضیا لإتمام العلّة فیکون التخلّف ممتنعا شرعا و الی ذلک أشار الماتن (- ره-) بقوله مع انّ مقتضی الجمع (- اه-) الثّالث ما فی الرّیاض من منع کون الخیار من مقتضیات العقد بل هو حکم شرعی ثبت للعاقدین و فیه نظر ظاهر ضرورة انّه لو کان حکما لم یکن له إیجابهما إیّاه و إسقاطهما له بعد العقد الرّابع انّه اولی من اشتراط الخیار فی العقد و قد جاز ذلک بالإجماع فکذا الفرض أشار الی ذلک فی الجواهر و یمکن المناقشة فیه بانّ تجویزهم اشتراط الخیار إن کان لدلیل خاصّ من نصّ أو إجماع کان هو المستند فی مخالفة القاعدة و لم یمکن التعدّی منه الی غیره و إن کان لاخبار وجوب الوفاء بالشّروط کما هو الظاهر سری الإشکال هنا (- أیضا-) الخامس انّ ذلک یستلزم عدم صحّة شیء من الشّروط فی العقود لانّ مقتضاها لزوم الوفاء بها مطلقا فتخصیصها بالشّروط مخالف للقاعدة أشار الی ذلک فی الرّیاض و فیه منع بطلان التّالی إذ لنا التزام عدم صحّة شیء من الشّروط فی العقود الّا شرط قام علی جوازه دلیل بالخصوص السّادس انّ المتبادر من اخبار الخیار انّما هو الثبوت فی صورة الخلوّ عن شرط السّقوط و ردّ بمنع التّبادر و عدم مساعدة شیء من العرف و اللّغة علیه و لذا قیل بانّ مرجع اشتراط السّقوط لیس الی نفی استحقاق الخیار شرعا کی یکون باطلا و انّما مرجعه إلی إیجاب اختیار لزوم العقد علیه فمع قبوله (- ککک-) لا بأس به فتأمّل السّابع انّ قدح مخالفة الشّرط لمقتضی العقد فی صحّته و وجوب الوفاء به لو سلم فإنّما یسلّم قدح ما یخلّ بما یعود الی مقوّم العقد بالنّقض کاشتراط عدم تملّک المبیع أو عدم التسلّط علیه أو نحو ذلک فیبقی عموم لزوم الوفاء بالشّرط محکما فی غیره کما فیما نحن فیه

قوله طاب ثراه و امّا الثّلث فلمّا عرفت (- اه-)

فیه ما مرّ من منع التّبادر و ربّما یجاب بمنع کون ذلک من الإسقاط حقیقة بل المراد به مجرّد عدم الثّبوت ابتداء لا ارتفاع ما هو ثابت کی یورد علیه بذلک و قد نبّه علی ذلک فقیه آل یس (- أیضا-) حیث قال الّذی یساعد علیه الفهم المستقیم انّ مراد الأصحاب من اشتراط عدم الخیار قصد نفیه بنفس الاشتراط المأخوذ فی متن العقد إذ هو من الحقوق القابلة لذلک و مرجعه فی الحقیقة و نفس الأمر إلی تقیید إطلاق البیع المقتضی لثبوته مع عدم التّصریح بالاشتراط نحو اشتراط التّأجیل فی ثمن المبیع مثلا و غیره من الآثار الّتی هی من مقتضیات إطلاق العقد و یمکن الجواب بوجه أخر و هو انّ المراد باشتراط سقوطه

ص: ۳۱

بعد ثبوته انا ما تنبيه ما ذكر من الإشكالات انّما يجرى فيما إذا كان الشّرط فى ضمن عقد البيع الخيارى و امّا لو اشترط سقوطه فى ضمن عقد أخر فإن كان بعد العقد قبل انقضاء المجلس انتفت الإشكالات بأجمعها لعدم توقّف لزوم الشّرط على لزوم العقد المسقط خياره حتّى يلزم الدّور و عدم منافاة الشّرط لمقتضى العقد الأخر و عدم كونه إسقاطا لما لم يجب و إن كان الاشتراط قبل العقد المشروط سقوط خياره زال الإشكال الأوّل و الثّانى بالنّسبة إليه دون الثّالث

قوله طاب ثراه و يمكن ان يستأنس (- اه-)

وجه الاستيناس لدفع الإشكال من هذا الوجه الثّالث ظاهر ضرورة انّه جوّز اشتراط سقوط الخيار قبل حصوله معلّلا بانّ المسلمين عند شروطهم فدلّ على انّ اشتراط سقوط الخيار ليس إسقاطا لما لم يجب أو انّه إسقاط غير قادح و المناقشة فى ذلك بانّ مورد الرّواية إسقاط للخيار بعد ثبوته لا قبله لأنّ الحرّية تحصيل بمجرّد الكتابة ممنوعة لأنّ الحرّية لا تحصل الّا بعد أداء مال الكتابة و لا يثبت الخيار لها الّا بعد الحريّة و لذا قال على ان لا يكون لك الخيار إذا ملّكت نفسك (- اه-) و امّا الاستيناس لدفع الإشكال الثّانى بما فى الخبر فلم افهم وجهه ضرورة عدم كون الشّرط فى ضمن الكتابة و لا فى ضمن النّكاح مع عدم منافاة الشّرط لشىء منهما نعم لو كان الإشكال مخالفة شرط سقوط الخيار لما فى السّنة من كون البيعين بالخيار أمكن الاستيناس بالخبر من حيث تصحيحه للشّرط مع منافاته لما دلّ على كون المعتقة تحت عبد لها الخيار فى فسخ النّكاح

قوله طاب ثراه لانّ وجوب الوفاء (- اه-)

قد يعلّل بانّ الالتزام بعدم الفسخ جعل عبارته الدالّة على الفسخ لاغية و هو غير بعيد فيسقط فما استند اليه (- المصنف-) (- ره-) فى احتمال النّفود ضرورة كونه دعوى محضة لا دليل عليها لكن الإنصاف انّ وجوب الوفاء بالشّرط لا يقتضى أزيد من حرمة المخالفة و لا دلالة فيه على لغويّة فسخه لا مطابقة و لا تضمّنا و لا التزاما فاذا خالف الشّرط و فسخ كان عاصيا فاسقا لكن مضى فسخه و بطل البيع

قوله طاب ثراه لوجوب إجباره (- اه-)

ربّما ناقش فى ذلك بعضهم بالمنع من وجوب إجباره عليه و فيه نظر ظاهر ضرورة انّه إذا كان الوفاء بالشّرط واجبا كان لازمه وجوب إجباره عليه مع الامتناع الّا ان يمنع أصل وجوب الإجبار فتأمّل

قوله طاب ثراه و عدم سلطنته على تركه (- اه-)

ربّما نوقش فيه بأنّه ان أريد بذلك عدم السّلطنة الوضعيّة فهو أوّل الدّعوى و ان أريد عدم السّلطنة التكليفيّة فلا يجدى و يمكن الجواب تارة باختيار الشقّ الأوّل و إثبات الدّعوى بانّ الالتزام بعد الفسخ التزام بعدم تأثير لفظه و إنتاجه غير بعيد و اخرى باختيار الشق الثّانى مع دعوى كون ثمرة عدم السّلطنة التكليفيّة هى جواز إجباره على ذلك فتأمّل

قوله طاب ثراه كما لو باع منذور التصدّق (- اه-)

قد يورد عليه تارة بالمنع من بطلان البيع و اخرى بإبداء الفرق بينه و بين المقام بإمكان كون بطلان البيع هناك من جهة حدوث حق للفقير فى العين المنذورة نظير حقّ الرّهانة فيكون هو المانع من تأثير البيع الّا ان يجاب بجريان نظيره فى المقام لحدوث حقّ للمشروط له فى خيار المشروط عليه بمنعه عن العمل بمقتضاه كما قيل

قوله طاب ثراه و الاحتمال الأوّل أوفق (- اه-)

فيه ما عرفت من انّ دليل وجوب الوفاء بالشّرط لا يقتضى أزيد من حرمة المخالفة و لا دلالة فيه على لغويّة فسخه بشىء من الدّلالات الثّلث فالحقّ انّه لو فسخ عصى و لكن مضى فسخه لعمومات خيار المجلس بعد عدم المانع لانّ المانع منه حقيقة و تخيّلا شىء من أمور أحدها إسقاطه أو اشتراط سقوطه و الفرض عدمهما لانّ اشتراط عدم الفسخ غير اشتراط سقوط الخيار ثانيها انّ الالتزام بعدم

الفسخ جعل عبارته الدّالـة علی الفسخ لاغیـة و فیه منع ظاهر لعدم الدّلیل علیه بوجه حتّی یرفع الید عن أصالة اعتبار لفظ البالغ العاقل المختار ثالثها ما فی المتن من استلزام وجوب الوفاء بالشّرط عدم سلطنته علی الفسخ بمعنی تملیکه سلطنته علی الفسخ من المشروط له فلا تبقی له سلطنة علی الفسخ حتّی یؤثر فسخه لأنّ تأثیر الفسخ فرع سلطنته علی الفسخ و الجواب عن ذلک ما قیل من انّ اشتراط عدم الفسخ التزام بعدم الفسخ و لیس تملیکا لنفس السّلطنة علی الفسخ حتّی لا یبقی له السّلطنة المتفرّع علیها تأثیر الفسخ رابعها ما فی المتن من دلالـة وجوب الوفاء بالشّرط علی وجوب ترتیب آثار الشّرط و هو عـدم الفسخ فی جمیع الأحوال حتّی بعـد الفسخ و هذا الوجه یشبه الوجه الثّانی و فیه منع سقوط لفظه عن الأثر و انّ مقتضی عموم الشّروط هنا انّما هو عدم الفسخ لا ترتیب آثار عدم الفسخ ففسخه لا یؤثر إلا عصیانه بمخالفـة ما وجب علیه من ترک الفسخ خامسها ما فی المستند من انّ الفسخ منهیّ عنه و النّهی یقتضی الفساد و فیه منع اقتضاء النّهی فی المعاملة الفساد إلّا إذا فهم الإرشاد إلی الفساد من النّهی و ذلک فی النّهی الحاصل بملازمـة وجوب الوفاء بالشرط غیر معقول مضافا الی انّ النّهی متوجّه إلی أمر خارج عن المعاملـة سادسها انّ الشّرط قد أحدث حقّا للمشروط له فی خیار المشروط علیه یمنعه عن العمل بمقتضی خیاره کمنع حقّ الرّهانة من بیع العین و فیه منع حدوث هذا الحقّ فی الخیار بل هو حقّ للمشروط له علی المشروط علیه نفسه فاذا خالف عصی و مضی الفسخ فتدبّر

قوله طاب ثراه و الأقوی عدم التأثیر

قلت الأقوی هنا (- أیضا-) التّأثیر نحو ما مرّ بل الأمر هنا أظهر ضرورة انّ عمـدة مستند (- المصنف-) (- ره-) فی اختیار عدم التّأثیر فیما تقـدّم هی دعوی دلالـة عموم وجوب الوفاء بالشّرط علی لزوم ترتیب آثار الشّرط و هو عـدم الفسخ فی جمیع الأحوال حتّی بعد الفسخ و ذلک ان تمَّ هناک لم یکن لیجری مثله هنا فیحکّم عموم دلیل خیار المجلس فی تصحیح الفسخ ان فسخ و ان عصی بترک الإسقاط المشروط علیه

قوله طاب ثراه و هل للمشروط له الفسخ (- اه-)

قد یخطر بالبال فی بادی الأنظار انّ هذا الفرع ممّا لا ثمرة فقهیّة له لانّ المشروط له مسلّط علی الفسخ علی کلّ حال امّا لتخلّف المشروط علیه فی الشرط أو لخیار المجلس و بعبارة أخری لو لم یثبت له خیار تخلّف الشّرط فلا أقلّ من تسلّطه علی الفسخ بسبب الخیار الثابت له فی المجلس لکن التأمّل یقضی بخلاف ذلک لظهور الثمرة فیما لو شرط کلّ منهما علی الأخر إسقاط الخیار فأسقط أحدهما و لم یسقط الأخر فهل یثبت لمن عمل بالشرط الخیار بسبب امتناع الآخر أم لا و تظهر (- أیضا-) فیما بعد الافتراق من مجلس البیع فیکون للمشروط له الفسخ حتّی بعد مفارقة المجلس بسبب إهمال المشروط علیه بالشّرط کما لا یخفی علی المتأمّل

قوله طاب ثراه و من انّ المقصود منه إبقاء العقد (- اه-)

أورد علیه بعض من تأخّر عنه بمنع کون المقصود من اشتراط إسقاط الخیار إبقاء العقد محضا مطلقا بل إبقائه لازما غیر متزلزل من جانب المشروط علیه و (- أیضا-) فالشّرط انّما هو الإسقاط و الفرض عدم حصوله لا مجرّد عدم الفسخ حتّی لا یحصل التخلّف الّا بالفسخ فالأقوی ثبوت الخیار للمشروط له لا یقال انّ للمشروط له الفسخ بخیار المجلس لأنّا نقول نعم و لکن لا مانع من ثبوت الفسخ له من جهتین من جهة تخلّف الشّرط و من جهة المجلس و تظهر الثّمرة فیما لو أسقط خیار المجلس و فیما لو فارقه

ص: ۳۲

فانّ له الفسخ بناء على ثبوت خيار الشّرط بخلافه بناء على عدم الثّبوت ثمّ على المختار ففى وقت صدق التخلّف و حصول الخيار وجهان و الأظهر ادارة الأمر مدار ظاهر شرطهما فان كان ظاهر كلامهما الإسقاط بعد العقد بلا فصل حصل التخلّف بمحض مضىّ زمان يمكن فيه الفسخ بعد العقد و ان لم يظهر من كلامهما ذلك لم يحصل التخلّف الّا بافتراقهما الموجب لزوال موضوع خيار المجلس المشروط إسقاطه فتدبّر

قوله طاب ثراه و الأولى بناء على القول (- اه-)

ربّما أورد عليه بعضهم بأنّ تأثير الفسخ و عدمه لا مدخل له فى صدق التخلّف بعد كون المفروض انّه لو لم يسقط يبقى الخيار المشروط إسقاطه و الفرض كونه بحيث لا يمكن اعادته و لو بإسقاط حقّ الشّرط ثمّ قال و الحاصل انّه إذا قلنا ببقاء الخيار قبل الإسقاط فلا وجه لعدم صدق التخلّف سواء قلنا بتأثير الفسخ أم لا و (- ح-) فلا بدّ من الحكم بالخيار المشروط له و ان قلنا بعدم بقاء الخيار فلا معنى للإسقاط و لا لاشتراطه فرعان الأوّل انّ المشروط عليه إسقاط الخيار لو مات قبل إسقاطه فانتقل الخيار الى وارثه ففى وجوب الإسقاط على الوارث وجهان استظهر بعضهم العدم نظرا الى عدم كونه مشروطا عليه فله الفسخ (- ح-) و يؤثّر فسخه و ان قلنا بعدم تأثير فسخ المورّث لانّ المانع منه هو وجوب الوفاء بالشّرط و المفروض عدمه فى حقّ الوارث فعلى هذا يكون للمشروط له خيار تخلّف الشّرط ما لم يفسخ الوارث هذا كلام ذلك البعض و هو من غرائب الكلام ضرورة أنّ قيام الوارث مقام المورث الموجب لانتقال الخيار إليه يقتضى وجوب الإسقاط عليه كوجوبه على المورث و بعبارة أخرى لا ينتقل الى الوارث الّا ما كان للمورث فاذا كان المملوك للمورث العقد المشروط فى ضمن عقده إسقاط خيار المجلس لم يعقل انتقال المال المذكور الى الوارث من دون القيد المذكور و (- أيضا-) فالوارث قائم مقام المورث فله ماله و عليه ما عليه فلزوم الإسقاط على الوارث (- أيضا-) فى الفرض ممّا لا ينبغى الارتياب فيه الثّانى انّ شرط سقوط خيار المجلس قد يكون لتمامه و قد يكون للبعض لمبدئه أو لاخره أو وسطه مع ضبط المدّة كما إذا علما بمكثهما فى مجلس العقد زمانا معيّنا و (- ح-) فقد يكون جواز بعد اللّزوم فى المجلس كما إذا شرط العالمان ببقائهما فى مكانهما إلى أربع ساعات سقوط خيار المجلس فى السّاعتين الأوليين و عدم السّقوط فى السّاعتين الأخيرتين و قد يكون لزوم بعد جواز كما لو شرطا فى المثال سقوط الخيار فى السّاعتين الأخيرتين فحسب و قد يكون جواز بين لزومين كما لو شرطا فى المثال السّقوط فى السّاعة الأولى و السّاعة الرّابعة و بقائه فى السّاعتين المتوسّطتين و إذ قد عرفت ذلك نقول هل يجوز جميع ما ذكر من صور الإسقاط أم يختصّ الجواز بما إذا شرطا سقوط الكلّ وجهان من انّه حقّ ثابت فى جميع اجزاء الزّمان و لا مانع من إسقاط بعض و إبقاء بعض و الأصل عدم المانعيّة و عموم وجوب الوفاء بالشّرط سالم و لصاحب الحقّ التصرّف فى حقّه كيف شاء و أراد فإن النّاس كما انّهم مسلّطون على أموالهم فكذا هم مسلّطون على حقوقهم فلهم الجرى فيها على مقتضى مشيّتهم و على وفق مقاصدهم و من انّه حقّ بسيط لا يقبل التبعيض و الأولى على فرض منع البساطة هو التّفصيل بين ما لو كان بعض الزّمان المسقط فيه الخيار من أوائل زمان الخيار اعنى الزّمان المتّصل بالعقد و بين ما لو كان البعض الأخير من الزّمان بالجزم بعدم جواز الأوّل لعدم معقوليّة عروض الجواز بعد اللّزوم عن الجواز و هو أمر معقول الّا ان يقال انّ عروض الجواز بعد اللّزوم انّما لا يصحّ من غير سبب و امّا مع وجود سبب له فلا مانع منه فتأمّل جيّدا و مثل الكلام فى إسقاط الخيار فى بعض الزّمان فى إسقاطه بالنّسبة الى بعض المبيع دون بعض فانّ ذلك يتفرّع على انّ الفسخ هل هو قابل لان يتبعّض أم لا فعلى الأوّل يصحّ و على الثّانى يمنع و المسئلة محلّ اشكال لعدم دليل معتمد على شيء من الوجهين و ان اقتضى الأصل عدم التبعّض و يساعده الاعتبار عجّل اللّه تعالى فرج مظهر الحقّ و جعلنى من المكاره فداه أمين يا إله طه و يس

قوله طاب ثراه لعدم الدّليل على وجوب الوفاء به (- اه-)

عمدة دليل هذا القول هو الأصل و إطلاقات الخيار و عموم بعض أدلّته و ما فى العبارة متمّم للأصل و الإطلاق دافع لمعارضة أدلّة

الشّروط إیّاه

قوله طاب ثراه لانّ المتبادر (- اه-)

قد یزاد علی ذلک دعوی القطع بعدم ارادته من قوله علیه السّلام المؤمنون عند شروطهم حتّی لو فرض صدق الشّرط علیه عرفا و لغة نظرا الی انّ المراد بالخبر وجوب الوفاء بما یلتزمونه بالملزم الشّرعی و الّا لوجب الوفاء بکلّ کلام یقع بینهم من الوعد و غیره و هو معلوم البطلان أشار الی ذلک فی الجواهر و فیه نظر لانّ قیام دلیل علی خروج قسم من الشّرط عن إطلاق الوفاء بالشّرط لا یقتضی خروج غیره بل یکون المحکّم (- ح-) أصالة الإطلاق بالنّسبة الی غیر المخرج کما لا یخفی لکن منع صدق الشّرط علیه کما فی المتن لا بأس و امّا اخبار الشروط فی النّکاح قبل العقد فلا عامل بها علی ظاهرها کی یتمسّک هنا بفحویها فتأمّل سیّدنا فی الرّیاض نظرا الی تلک الأخبار لا وجه له

قوله طاب ثراه و عن الشّیخ و القاضی (- اه-)

هذا هو القول الثّانی فی المسئلة و مستنده عموم الشّروط و قد عرفت ما فیه و ربّما ذکر بعض أواخر الفقهاء (- رض-) فی المسئلة قولا ثالثا هو التّفصیل بین ما لو بنیا العقد علی ذلک الشّرط فیصحّ و یلزم الشّرط و بین غیره فلا یصحّ و فی عدّ ذلک قولا ثالثا فی المسئلة نظر ظاهر إذ لا أظنّ إنکار القائلین بعدم صحّة الشّرط المتقدّم علی العقد لهذا النّحو لکون المذکور قبل العقد الموقع علیه من الشّرط فی ضمن العقد فیشمله عموم وجوب الوفاء بالشرط قطعا فتدبّر

قوله طاب ثراه نعم یحتمل ان یرید الصّورة الأولی (- اه-)

استدراک من قوله فهذا هو ظاهر کلام الشیخ (- ره-) یعنی یحتمل ان یرید الشّیخ (- ره-) الصّورة الأولی و قال الشیخ الوالد العلّامة أنار اللّه برهانه انّ المعیّن من الشقّین اللّذین احتملهما فی کلام العلّامة (- ره-) هو الأوّل و ما أورده علیه من انّ هذا من المذکور فی متن العقد مدفوع بأنّه و ان صدق علیه المذکور فی متن العقد بناء علی تعمیمه بالنّسبة إلی المذکور بالتّفصیل و المذکور بالإجمال الّا أنّ العلّامة أراد بالواقع فی متن العقد الشّرط الواقع بعینه و حقیقته تفصیلا فی متن العقد و أراد بما استدرکه بقوله نعم لو شرطا قبل العقد و تبایعا علی ذلک الشّرط ما أشیر بعنوان إجمالی إلی الشّرط المذکور قبل العقد تفصیلا و هذا التّفسیر الّذی ذکرناه هو مقتضی الواقع من مراد العلّامة (- ره-) و إن کان لازمه عدم توجّه إیراده (- ره-) علی الشّیخ (- ره-) من محتملی کلامه المذکور فی کلام المصنّف (- ره-)

قوله طاب ثراه لأنّه لا یلزم بنفس اشتراطه السّابق (- اه-)

ربّما استشکل بعضهم فی صحّة شرط عدم الخیار السّابق علی العقد حتّی علی القول بصحّة الشّروط الابتدائیّة بانّ صحّة العقد المطلق علّة تامّة لخیار المجلس فاشتراط عدم خیار المجلس قبل العقد مسقط لأثر العلّة التامّة و هذا بخلاف ما إذا وقع مشروطا بعدم الخیار فانّ العقد یخرج من إطلاقه بذلک و حاصل غرضه انّ شرط سقوط الخیار قبل العقد مناف

ص: ۳۳

لمقتضى العقد المطلق و كلّ شرط نافى مقتضى العقد فهو فاسد ثمَّ انّه أورد على نفسه سؤالا هو انا نستكشف بدليل الشّرط (- أيضا-) انّ البيع المطلق مقتضى و ليس بعلّة تامّة ثمَّ أجاب بعدم قابليّة دليل الشّرط لإثبات ذلك من حيث انّه لا يحدث بسببه خصوصيّة موجبة لطروّ عنوان أخر عليه فيحكم بحكم أخر لا يقتضيه بنفسه بل يقتضى نقيضه أو ضدّه و لا ينفع كون الشّرط خارج العقد فى تصحيحه لأنّ علّة بطلان الشّرط المنافى لمقتضى العقد آتية فى مثله (- أيضا-) ثمَّ انه استشكل بمخالفة الشّرط المذكور للسنّة النّاطقة باستعقاب البيع المطلق الخيار و كلّ شرط خالف السّنة فهو فاسد و أقول انّ ما ذكره انّما يتّجه بناء على كون البيع المطلق علّة تامّة للخيار و ذلك غير مسلم بل الثابت انّما هو كونه مقتضيا فتأمّل

قوله طاب ثراه لانّ المتحقّق فى السّابق امّا وعد بالتزام أو التزام تبرّعى (- اه-)

هذا التّرديد لا وجه له لعدم كونه من الوعد فى شىء بل هو التزام تبرّعى فيبنى على انّ الالتزام التبرّعى هل ينفذ أم لا بل يمكن منع كونه التزاما تبرّعيا (- أيضا-) بل هو التزام فى ضمن التزام كما بنى عليه سيّدنا فى مفتاح الكرامة حيث قال انّ الشّرط يعتبر إذا كان ملفوظا به قبل العقد و لا عبرة بالقصد ان لم يكن ملفوظا لقول النّحاة و بعض الفقهاء انّ المقدّر كالمذكور و مرادهم بالمقدّر المقدّر الصّناعى النّحوى و هو ما قضت به الصّناعة إمّا لتقدّم ذكره أو لقرينة حاليّة تشبه تقدّم الذكر كقولك للصّياد الغزال الغزال و كذا ما دلّ عليه اللّفظ كحذف المبتدإ أو الخبر أو حذف متعلّقات كلّ واحد منهما و كلام الشّيخ (- ره-) من هذا القبيل إذا بنى العقد على الشّرط كان يقول له أ تبيعنى بشرط كذا فيقول له نعم و يوقع الصّيغة فى الحال من دون ان يتقدّم العهد فكان كلام الشّيخ (- ره-) موافقا للقاعدة و لعموم الأمر بالوفاء بالعقود مع احتمال اختصاص النّص المثبت للخيار بحكم التّبادر بغير محلّ الفرض انتهى

قوله طاب ثراه و ان وقع مبنيّا عليه لا يلزمه (- اه-)

أشار بذلك الى ردّ ما سمعته من سيّدنا فى مفتاح الكرامة و حاصل الردّ انّ التّقدير الّذى هو كالمذكور انّما يتصوّر فيما هو من ضروريّات العقد الّتى؟؟؟ يمكن جعل العقد دالّا عليها و إنشائه إنشاء لها كالعوضين و قيودهما و هذا بخلاف الشّروط فإنّها خارجة عن ماهيّة العقد و ضروريّاته فلا يمكن ارادتها من العقد بدون ذكر قرينة لفظيّة دالّة عليها و يمكن المناقشة فيما ذكره بأنّه كما انّ العوضين و قيودهما ممّا يدلّ عليه العقد بالدّلالة الالتزاميّة فكذا فى صورة تقييد الإنشاء بالشّرط الملفوظ قبل العقد المنوىّ حال الإنشاء يدلّ العقد بضميمة القرائن على الشّرط فكما انّ عدم حصول العقد من دون العوضين يوجب دلالة لفظ العقد التزاما على العوضين و قيودهما فكذا الذكر قبل العقد و تقييد قصد الإنشاء به يوجب دلالة لفظ العقد عليه و لعلّه الى ما ذكرنا أشار بعض مشايخ العصر (- قدّه-) بقوله معترضا على الماتن (- ره-) انّ محلّ النّزاع ما إذا قيّد إنشائه للبيع بالشّرط السّابق و انّما لم يعده اعتمادا على سبقه عليه فكأنّه قد حذف الحال أو المصدر و صفته اعتمادا على القرينة كقيود العوضين الّتى لم تذكر فى العقد اعتمادا عليها و الفرق بينهما عرفا و لغة لا يخلو من تحكّم و احتمال اعتبار التّصريح بالشّرط كأصل العقد لأصالة عدم ترتّب الأثر على المحذوف و نحوه مدفوع بالعمومات الّتى لا يصغى الى منع شمولها لذلك لا لغة و لا شرعا و لا عرفا و ان أمكن منع شمولها لما لم يبن عليه العقد أصلا و رأسا انتهى فتأمّل

[فرع]

قوله طاب ثراه و هو ما إذا نذر المولى ان يعتق عبده إذا باعه (- اه-)

قد يناقش فى قصر الفرض على ما إذا علّق النّذر على البيع بعدم اختصاص الحكم به و جريانه فيما لو نذر عتقه من دون تعليق على البيع فإنّه يجوز له ان يبيعه ببيع الخيار لعدم منافاته لنذره و لا يجوز له البيع بشرط عدم الخيار لمنافاته لنذره و كما يحصل الحنث فيما

لو لم يشترط سقوط الخيار و لم يفسخ الى ان انقضى زمان الخيار فى الصّورة الّتى فرضها فكذا يحصل الحنث بذلك فى صورة عدم تعليق العتق المنذور على البيع فالتقييد بقوله إذا باعه لم يفهم وجهه هذا مضافا الى انّ ذكر هذا الفرع هنا ممّا لا وجه له لانّ اشتراط سقوط خيار المجلس فيه ممّا لا ينبغى الإشكال فيه لأنّ المنافى للنّذر انّما هو لزوم البيع و الجواز هنا باق بعد إسقاط خيار المجلس (-أيضا-) الى ثلثة أيّام بسبب كون المبيع حيوانا فلا تذهل

قوله طاب ثراه لم يصحّ البيع (- اه-)

ينبغى تقييد الفرض بما إذا لم يمكن عادة استرداد العين بإقالة أو شراء أو استيهاب أو نحو ذلك و الّا لم يتحقّق المنافاة للنّذر المانعة من صحّة البيع

قوله طاب ثراه و على قول بعض علمائنا من صحّة البيع مع بطلان الشّرط بلغو الشّرط و يصحّ (- اه-)

اى يصحّ البيع و لازم هذا القائل من جهة صحّة النّذر ان يوجب على النّاذر بعد البيع شراء ذلك العبد من باب تحصيل مقدّمة العتق الّذى هو الملك نبّه على ذلك الشّيخ الوالد أنار اللّه برهانه

[مسألة و من مسقطات خيار المجلس إسقاط هذا الخيار بعد العقد]

اشارة

قوله طاب ثراه و لا خلاف ظاهرا فى سقوطه بالإسقاط (- اه-)

قد نفى الخلاف فيه جمع و ادّعى الإجماع عليه اخرون قال فى الكفاية لا اعلم خلافا بينهم فى انّه يسقط بإيجابهما العقد و إلزامهما و إسقاط الخيار و لو أوجبه أحدهما خاصّة سقط خياره خاصّة انتهى و فى الجواهر انّ السّقوط بذلك ممّا لا خلاف فيه و فى الغنية عند تعداد المسقطات ما لفظه الثّانى ان يقول أحدهما لصاحبه فى المجلس اختر فيختار إمضاء العقد يدلّ على ذلك إجماع الطائفة انتهى و فى (- كرة-) بعد عدّ مسقطات خيار المجلس أربعة اشتراط سقوطه فى متن العقد و الافتراق و التّخاير و التصرّف ما نصّه و امّا الثالث فإنّه يقطع خيار المجلس إجماعا و صورته ان يقولا تخايرنا و اخترنا إمضاء العقد أو أمضيناه أو اخترناه أو التزمنا به و ما أشبه ذلك فإنّه يدلّ على الرّضا بلزوم البيع انتهى و ادّعى كاشف الظّلام و فاضل المستند و بعض مشايخ العصر فى هدايته تحصيل الإجماع عليه لكن تأمّل فى الحكم المحدّث البحرانى (- ره-) لعدم النصّ قال بعد عدّ إيجابهما من جملة المسقطات و حكاية نقل العلّامة (- ره-) فى (- كرة-) الإجماع عليه ما نصّه و لقائل أن يقول انّه حيث لا نصّ على ما ذكروه هنا و قد عرفت انّ مقتضى العقد اللّزوم كما تقدّم ذكره فى صدر البحث و هذا الكلام من قولهما اخترنا أو أمضينا لا يدلّ على أزيد ممّا دلّ عليه العقد بمقتضاه و إن كان ذلك مؤكّدا لما دلّ عليه العقد من اللّزوم و الرّوايات دلّت على انّهما بعد هذا العقد مؤكّدا أو خاليا من التّأكيد لهما الخيار و ان قالا ما قالاه من هذه الألفاظ الّا ان يفترقا فيصدق هنا انّ لهما الخيار و ان قالا ما قالوه من هذه الألفاظ الّا ان يقال انّ هذه الألفاظ فى قوّة اشتراط سقوط الخيار فيرجع الى الأوّل و بالجملة فإنّ باب المناقشة غير مسدودة فيما ذكروه هنا انتهى و حاصله التمسّك بإطلاق ما دلّ على بقاء الخيار الى ان يفترقا و أنت خبير بتقييد الإطلاق بما دلّ على انّ لكلّ ذى حقّ إسقاط حقّه لا بإلحاقه باشتراط السّقوط فى ضمن العقد كى يطالب بالدّليل على الإلحاق

قوله طاب ثراه فحوى ما سيجىء من النّص الدالّ (- اه-)

قد تمسّك (- المصنف-) (- ره-) لسقوط الخيار بإسقاطه بعد العقد بوجوه و هذا أحدها و الوجه فى الأولويّة ظاهر ضرورة انّه إذا كان التصرّف مسقطا

ص: ۳۴

لکونه فعلا کاشفا عن الرضا فإسقاط التّصریح بالإسقاط بطریق اولی و ربّما تمسّکوا للمطلوب بوجوه أخر فمنها ما فی المصابیح من انّ فسخ اللّازم بالتّقایل یقتضی لزوم الجائز بالتّخایر و نوقش فیه بمنع الملازمة فتأمّل و منها ما فی المصابیح (- أیضا-) من انّ الخیار یسقط بالافتراق لدلالته علی الرّضا و التّخایر صریح فی ذلک و فیه انّ السّقوط بالافتراق تعبّدی و لم یعلم کونه للدّلالة علی الرّضا و منها ما فی هدایة بعض مشایخ العصر (- قدّه-) من فحوی ما ورد فی خیار الحیوان من سقوطه بالإسقاط و فیه انّ الفحوی ممنوعة و مع المساواة قیاس و منها ما فی خیارات الفقیه الغرویّ (- قدّه-) من أصالة اللّزوم خرج من ذلک صورة عدم التخایر بالنصّ و الإجماع فیبقی الفرض تحتها و فیه انّ إطلاق نصوص الخیار و استصحابه محکمان علی أصالة اللّزوم فلا وجه للتعلّق بها

قوله طاب ثراه و لعلّه لفحوی تسلّط النّاس (- اه-)

یمکن المناقشة فی ذلک بمنع الفحوی بل علقة الملک أقوی من علقة الحقّ و ثبوت حکم للاقوی لا یستلزم ثبوته للأضعف فالمساواة فضلا عن الفحوی ممنوعة و لو سلّمت المساواة فهی غیر مجدیة

قوله طاب ثراه ثمّ انّ الظّاهر سقوط الخیار بکلّ لفظ یدلّ علیه (- اه-)

فلا یشترط فیه ما یشترط فی صیغ العقود و الإیقاعات من العربیّة و الاعراب و نحو ذلک و لا کونه من الحقائق لأصالة عدم اشتراط ذلک کلّه علی فرض الشکّ فی الاشتراط مع انّ الشّکّ فیه (- أیضا-) لا سبب له بعد وضوح عدم کونه من العقود المبتیّة علی النّقل و الانتقال فالاستشکال فی عدم اعتبار الشّرائط نظرا الی استصحاب عدم سقوط الحقّ الّا بالمتیقّن و الی ظاهر إجماع الأصحاب من اعتبار الصّراحة و غیرها فی الإیقاعات اللّازمة کالطّلاق و نحوه کما تعتبر فی العقود کما صدر من الفقیه الغرویّ الشّیخ علی (- ره-) فی شرحه علی خیارات اللّمعة لا وجه له لأنّ أصالة عدم اشتراط الأمور المذکورة حاکمة علی استصحاب الخیار لکون تلک سببیّته و هذا مسبّبیا و الأوّل مقدّم علی الثّانی و الإجماع علی نحو یشمل الفرض ممنوع و لا حاجة لنا إلی التفصی عن أصالة عدم سقوط الحقّ بالإجماع أو باعتبار الاتّفاق علی السّقوط بالفعل صریحه و ظاهره فی المقام و القول اولی منه کما صدر منه (- ره-)

قوله طاب ثراه و فحوی ما دلّ علی کفایة بعض الأفعال (- اه-)

قد ناقش فی ذلک الشیخ الوالد العلّامة أنار اللّه برهانه بأنّه (- ره-) قد استظهر فی باب الإجازة و الرّدّ کفایة الفعل الکاشف عن الرّضا بالعقد عرفا بحسب القاعدة و هو کون المناط هو الرّضا المعلوم للمشتری من الفضولی بما یدلّ علیه من قول أو فعل و ذلک المناط إن کان معتبرا فهو بعینه جار هاهنا و لیس الفعل الکاشف عن الرّضا منصوصا علیه هناک بخصوصه حتّی یقال انّه إذا کفی فی العقد الصّادر من الغیر کفی فی العقد الواقع منه بنفسه بطریق اولی فالحاصل انّ الاستدلال بالفحوی یتوقّف علی وجود أصل و فرع و لا أصالة و لا فرعیّة فیما نحن فیه بل وجود المناط فیهما علی السویّة

[مسألة لو قال أحدهما لصاحبه اختر فإن اختار المأمور الفسخ فلا إشکال فی انفساخ العقد]

قوله طاب ثراه فلا إشکال فی انفساخ العقد (- اه-)

الوجه فی عدم الإشکال انّ العقد الخیاری ینفسخ بفسخ احد الطّرفین من دون أمر الأخر فمع أمر الأخر بإعمال الخیار و إیکاله الأمر إلیه فبالطّریق الأولی

قوله طاب ثراه ففی سقوط خیار الأمر (- أیضا-) مطلقا (- اه-)

لا یخفی علیک عدم خلوّ العبارة من سقط لانّ قوله ففی سقوط خبر مقدّم و المبتدإ المؤخّر و هو قوله وجوه أو قوله أقوال ساقط من قلمه الشّریف و یحتمل ان یکون أسقطه لوضوحه و الأمر سهل ثمّ انّ منشأ الوجوه الثلاثة من انّ حقّ الممضی قد سقط بإسقاطه بنفسه

و حقّ الأمر قد سقط بإسقاط وکیله و هو صاحبه المأمور بالإمضاء و من انّ الأمر بالاختیار أعمّ من التّوکیل و (- ح-) فإن أراد تملیک الخیار سقط حقّه بإنفاذ المأمور و الّا فلا و من انّ التفویض توکیل فیکون کالتملیک فی إیجاب إسقاط المأمور سقوط حقّه فالوجه الثّالث أوجه

قوله طاب ثراه فخیارات السّاکت باق إجماعا (- اه-)

قد ادّعی الإجماع فی الرّیاض و المصابیح و الجواهر و خیارات الفقیه الغرویّ و غیرها (- أیضا-) و جزم بعدم الخلاف فیه فی (- ئق-) و فی (- مع صد-) انّه لا بحث فیه و الوجه فیه استصحاب خیاره بعد أعمیّة السّکوت من الرّضا

قوله طاب ثراه أقوال (- اه-)

قد اختار القول الأول فی (- ط-) و (- ف-) و الشّرائع و (- لف-) و (- عد-) و (- یر-) و الإیضاح و (- س-) و غایة المرام و تلخیص الخلاف و کنز الفوائد و (- لک-) و (- الروضه-) و (- مع صد-) و المیسیّة و الرّیاض و (- ئق-) و غیرها علی ما حکی بل فی مفتاح الکرامة انّه المشهور المعروف و القول الثانی هو خیرة (- کرة-) و الثالث هو المنسوب فی فی (- مع صد-) و (- لک-) الی الشّیخ (- ره-) و ان استغرب ذلک فی المصابیح نظرا الی تصریحه فی (- ط-) و (- ف-) بخلافه و تبعه فی الاستغراب سیّدنا فی مفتاح الکرامة و لا یخفی ما فیه لانّ ما ذکر (- اه-) بعد کثرة کتب الشیخ (- ره-) و تعدّد فتاواه من قبیل إنکار غیر المطّلع علی المطّلع و هو کما تری و کیف کان فحجّة الأوّل استصحاب الخیار بعد عدم دلالة الأمر بالتخیّر علی الالتزام و لا علی تملیک الخیار مضافا الی إطلاق النصّ و لعلّه الی الاستصحاب یرجع ما فی (- ف-) من قوله إذا قال احد المتبایعین لصاحبه فی المجلس بعد العقد اختر فان اختار إمضاء العقد انقطع بینهما الخیار و ان سکت أو لم یختر کان بالخیار کما کان الی ان قال دلیلنا أنّا أجمعنا علی انّ لهما الخیار قبل هذا القول فمن ادّعی انّ خیار أحدهما قد زال فعلیه الدّلالة انتهی و حجّة الثانی لعلّها دعوی ظهور الأمر بالتخییر فی تملیک الخیار من صاحبه فیسقط خیاره بنفس الأمر و فیه منع الظهور مطلقا و حجّة الثّالث انّ الأمر بالتّخییر یحتمل التملیک لکن احتمالا غیر واصل الی حدّ الظّهور کی یؤخذ به علی الإطلاق فیتوقّف علی قصده فان قصد التّملیک سقط و الّا فلا و فی المصابیح انّ الحقّ انّ قول القائل اختر یحتمل التّملیک و التّفویض و الاستکشاف فان قصد الأوّل سقط خیاره و ان سکت الأخر أو الأخیر لم یسقط و ان امضی و ان قصد التفویض سقط مع الإمضاء دون السّکوت و الظّاهر من التّخییر الأخیر و لذا فرّقوا بین السّکوت و الإمضاء انتهی و یقرب من ذلک ما ذکره المصنّف (- ره-) بقوله الأولی ان یقال (- اه-)

قوله طاب ثراه کما یظهر من باب الطّلاق (- اه-)

قال الشّیخ العلّامة الوالد قدّس اللّه تربته الزکیة انّ الظّاهر انّه أشار بذلک الی الأخبار المذکورة فی ذلک الباب کخبر عیسی بن القاسم عن ابی عبد اللّه صلوات اللّه و سلامه علیه قال سالته عن رجل خیّر امرئته فاختارت نفسها بانت منه قال لا انّما هذا شیء کان لرسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله خاصّة أمر بذلک ففعل و لو اخترن أنفسهنّ لطلّقهن و هو قول اللّه (- تعالی-) عزّ و جل قُلْ لِأَزْوٰاجِکَ الی أخرها قال فی الجواهر بعد ذکره و هو ظاهر فی الاحتیاج الی الطّلاق بعد الاختیار و عن بعض النّسخ لطلّقن و (- ح-) یکون وجه اختصاصه واضحا امّا علی الأوّل الموافق لظاهر استدلاله بالآیة یکون اختصاصه بوجوب الطّلاق علیه لو اخترن أنفسهنّ انتهی قلت یظهر من الخبر بناء علی النّسخة الأولی انّ التّخییر یفید تملیک أمر الطّلاق و علی الثّانیة یفید تملیک أمر المرئة و معلوم انّ اختصاص التّخییر به (- ص-) من قبیل الأحکام فیکون فرع دلالة لفظ

ص: ۳۵

على تمليك الأمر و كخبر زرارة سمعت أبا جعفر عليه السّلام يقول انّ اللّه تعالى أنف لرسوله من مقالة قالتها بعض نسائه فأنزل الله تبارك و (- تع-) أية التخيير فاعتزل رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله تسعا و عشرين ليلة فى مشربة أمّ إبراهيم ثمّ دعاهنّ فاخترنه فلم يك شيئا و لو اخترن أنفسهنّ كانت واحدة بائنة قال و سئلته عن مقالة المرية ما هى فقال انّها قالت يرى محمد صلّى اللّه عليه و آله انّه لو طلّقنا لا يأتينا الأكفاء من قومنا يتزوّجونا و المراد ان اللّه تعالى أنف له صلّى اللّه عليه و آله فخصّه بهذا التخيير فافهم

قوله طاب ثراه و عليه يحمل (- اه-)

يعنى على إسقاط الأمر خياره يحمل (- اه-)

قوله طاب ثراه ما ورد فى ذيل بعض اخبار خيار المجلس (- اه-)

لم نعثر عليه فيما بأيدينا من أخبارنا الّا ان يريد ما فى محكى روايات العامّة من ذلك

[مسألة و من مسقطات خيار المجلس افتراق المتبايعين]

اشارة

قوله طاب ثراه و لا إشكال فى سقوط الخيار به (- اه-)

قد نفى العلم بالخلاف فيه فى الكفاية و جزم بعدم الخلاف فيه فى (- ف-) و الرّياض و المستند و هداية الأنام و غيرها و ادّعى الإجماع عليه فى (- ف-) و (- كرة-) و المصابيح و الجواهر و هداية الأنام و غيرها و الأصل فى ذلك النّصوص المستفيضة المحتمل تواترها فى الجواهر فمن تلك الجملة النّبوى صلّى اللّه عليه و آله و صحاح محمّد بن مسلم و زرارة و الفضيل و الحلبى و خبرى علىّ بن أسباط المزبورات عند الكلام فى أصل ثبوت هذا الخيار الدالّة على السّقوط بالافتراق منطوقا فى بعضها كصحيح فضيل و صحيح الحلبى و بمفهوم الغاية الّذى هو حجّة فى غيرهما و منها الصّحيح الّذى رواه الصّدوق (- ره-) بإسناده عن الحلبى عن ابى عبد اللّه عليه السّلام انّه قال انّ ابى عليه السّلام اشترى أرضا يقال لها العريض فلمّا استوجبها قام فمضى فقلت له يا ابه عجّلت القيام فقال يا بنىّ أردت أن يجب البيع و منها الصّحيح الذى رواه الشّيخ (- ره-) بإسناده عن احمد بن محمّد بن عيسى عن محمّد بن ابى عمير عن أبى أيّوب الخزّاز عن محمّد بن مسلم قال سمعت أبا جعفر عليه السّلام يقول انّى ابتعت أرضا فلمّا استوجبتها قمت فمشيت خطا ثمّ رجعت فأردت أن يجب البيع و رواه الصّدوق (- ره-) بإسناده عن أبى أيّوب عمّن عرفت الّا انّه قال أردت أن يجب البيع حين افترقنا و منها الصّحيح الّذى رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن علىّ بن إبراهيم عن أبيه عن ابن ابى عمير عن أبى أيّوب عن محمّد بن مسلم قال سمعت أبا جعفر عليه السّلام يقول بايعت رجلا فلمّا بايعته قمت فمشيت خطا ثمّ رجعت الى مجلسى ليجب البيع حين افترقنا و منها الصّحيح الّذى رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن علىّ بن إبراهيم عن أبيه عن ابن ابى عمير عن حمّاد عن الحلبى فى حديث قال و قال أبو عبد اللّه عليه السّلام انّ ابى اشترى أرضا يقال لها العريض فابتاعها من صاحبها بدنانير فقال أعطيتك ورقا بكلّ دينار عشرة دراهم فباعه بها فقام ابى فاتّبعته فقلت يا ابه لم قمت سريعا قال أردت أن يجب البيع و منها ما رواه هو (- ره-) عن محمّد بن يحيى عن احمد بن محمّد عن احمد بن الحسن عن عمر بن سعيد عن مصدّق بن صدقة عن عمّار بن موسى عن أبى عبد اللّه صلوات اللّه و سلامه عليه فى رجل اشترى جارية بثمن مسمّى ثمّ افترقا فقال وجب البيع و ليس له ان يطأها و هى عند صاحبها الحديث بيان لعلّ المنع من وطيه لها و هى عند صاحبها انّما هو لكون إبقاء صاحبها لها عنده للاستبراء فافهم

قوله طاب ثراه و لا فى عدم اعتبار ظهوره (- اه-)

و ذلک لإطلاق النّصوص و الفتاوی فلا فرق بین حصوله من الجاهلین أو العالمین أو المختلفین و لا بین النّاسیین للبیع أو الخیار و غیرهما و لا بین الافتراق له أو لغرض أخر

قوله طاب ثراه و إن کان ظاهر بعض الأخبار (- اه-)

فی هذا الاستظهار تأمّل بل منع و انّما ظاهر الرّضا الرضا بأصل البیع فکأنّه قال فاذا افترقا مع رضاهما بالبیع عند إیقاعه فلا خیار لهما و علی فرض الإشعار أو الظّهور فیما ذکره (- قدّه-) فلا ریب فی لزوم رفع الید عنه بعموم الجواب فی خبر عمّار النّاشی من ترک الاستفصال و بترکه علیه السّلام استعلام رضا البائع بالبیع حین الافتراق فلا تذهل

قوله طاب ثراه فاذا حصل الافتراق الإضافی و لو بمسماه ارتفع الخیار (- اه-)

توضیح المقال فی هذا المجال انّهم اختلفوا فیما به یحصل الافتراق المسقط للخیار علی أقوال أحدها انّ المدار علی الافتراق العرفی الإضافی خطوة کانت أو أقلّ و بعبارة أخری المدار علی مسمّی الافتراق عرفا فیصدق علی ادنی الانتقال صرّح بذلک جماعة منهم العلّامة فی محکی (- یر-) و المحقّق و الشهید الثّانیان فی (- مع صد-) و (- لک-) و علّامة المصابیح و غیرهم ثانیها انّ أقلّ ما یحصل به الافتراق خطوة صرّح بذلک جماعة قال فی (- ف-) أقلّ ما ینقطع به خیار المجلس خطوة فصاعدا و قال الشّافعی یرجع الی العادة و قسّم أقساما انتهی و هو أی کفایة الافتراق بخطوة فی إسقاط الخیار صریح (- ط-) و (- یب-) و (- صار-) و الغنیة و الوسیلة و (- ئر-) و (- کرة-) و التنقیح و (- الروضه-) و مجمع البرهان و الدّروس و الجامع و غایة المرام و المیسیة و غیرها بل ظاهر عبارة الغنیة شمول إجماعه لذلک و هو الواقع فیما نفی فی الرّیاض الخلاف فیه و نفی فی الجواهر الخلاف المعتدّ به فیه و ادّعی فی خیارات الغرویّ الإجماع علیه و ربّما مال جمع من الأواخر إلی إرجاع هذا القول الی القول السّابق قال فی المصابیح و یکتفی فیه بالمسمّی و یتحقّق بالخطوة قطعا و هی فی کلامهم مثال و العبرة بمسمّی الانتقال بحیث یزید ما بینهما من البعد علی ما کان حال العقد کما صرّح به جماعة انتهی ثالثها عدم کفایة الخطوة و اعتبار الافتراق العرفی مع الجزم بعدم حصول الافتراق العرفی بخطوة و اثنتین و ثلث بل یحصل بخمس و ستّ اختاره فی المستند و یقرب منه ما حکاه جمع من المشایخ الأواخر عن بعض المتأخّرین حجّة القول الأوّل انّ الافتراق فی الأخبار لا یراد به الّا طروّ الافتراق بعد العقد بحیث یرید ما بینهما من البعد لانّ الافتراق الحقیقی حاصل بینهما وقت العقد فلا یراد من الحدیث الّا الافتراق الطّاری بعده بالنّسبة إلی الهیئة الاجتماعیّة الحاصلة لهما حال العقد و إذ لیس هناک معنی شرعیّ فیصار الی الافتراق العرفی الإضافی و هو یحصل بأدنی مراتب الانتقال و حجّة الثانی هی حجّة الأوّل بضمیمة عدم صدق الافتراق عرفا بأنقص من الخطوة لأنّ الغالب عدم حفظ النسبة الّتی کانت بینهما فی مجلس العقد حتّی وقت صعوده علی الحائط و نزوله کما أشار إلیه الصّادق علیه السّلام فی صحیحة منصور بن حازم بقوله فی الصّرف و ان نزی حائطا فانز معه فمجرّد تقدّم البعض علی البعض لا یضرّ و ان حصل به التفرّق لغة مضافا الی انّ الخیار قد ثبت بالعقد و سقوطه بالخطوة مقطوع به و بأقلّ منها مشکوک فیستصحب و حجّة القول الثّالث تظهر بنقل عبارة القائل به قال فی المستند انّه نفی الخلاف عن الخطوة فإن ثبت الإجماع علیها و الّا فسقوط الخیار بالافتراق بها و بالخطوتین مشکل لعدم تبادر مثلهما من الافتراق عرفا و عادة بل و کذا الخطوات الثلث و لا یفید لفظ الخطأ فی الصّحیح إذ لا یتعیّن فیه أقلّ الجمع لأنّه اخبار عن فعله (- ع-) فالمناط حصول الافتراق عرفا و الظّاهر حصوله بنحو من خمسة أو ستّة و ما زاد

ص: ۳۶

انتهى فاحتجّ على عدم كفاية الخطوة بعدم ظهور الصّدق بها عرفا و عادة كعدم الصّدق بالثنتين و الثلث ثمّ تصدّى لدفع ما قد يورد عليه من انّ الأخبار المزبورة قد نصت على حصول الافتراق بالمشى خطا جمع خطوة ما بين القدمين فى المشى و أقلّ الجمع ثلثة فيلزم سقوط الخيار بثلث خطوات و تقرير الجواب انّ ما ذكرته انّما كان يتمشى ان لو كان عليه السّلام أخبر بسقوط الخيار بمشى خطا فإنّه لو لا كفاية ثلثة لما كان يحكم بكفاية خطا الظّاهرة فى ثلثة فما فوقها و ليس (- ككك-) بل نقل لفعله (- ع-) و الفعل مجمل إذ كما يحتمل انّه مشى ثلث خطوات فكذا يحتمل انّه مشى أكثر من ذلك فبعد الإجمال يتعيّن الرّجوع الى العرف و لا يصدق الافتراق عرفا بخطوة و خطوتين و ثلث و فيه أوّلا منع عدم الصّدق عرفا لأنّا نجدهم يقولون إذا افترقا بخطوة انّه لم يفترقا فى مقام التّحقيق و عدم المسامحة و عدم صحّة السّلب من علائم الحقيقة و جواز السّلب توسّعا تنزيلا للقليل منزلة المعدوم غير ضائر و الّا فإنّهما لو تفارقا بخمس خطوات فى مكان واحد يقال عرفا توسّعا و مسامحة انّهما لم يفترقا و أنتم لا تقولون به و ثانيا انّ صدق الافتراق لغة على الافتراق بخطوة ممّا لا ريب فيه و الشكّ فى الصّدق عرفا كاف فى المطلوب فإنّ الأصل عدم التّغيير و النّقل و دعوى انّ المتبادر من الافتراق المعتدّ به الغير الصّادق على خطوة و اثنتين و ثلث ممنوعة لمنع التبادر و بالجملة فالحق ادارة ذلك مدار العرف لأنّه المرجع فى الموضوعات المستنبطة بعد عدم ورود التّحديد من الشّرع فيكتفى فيه بالمسمّى عرفا و لا شكّ فى صدقه على ادنى مراتب الانتقال و لا دليل على تعيين الخطوة و حكاية الإجماع محصّله و منقوله على عدم كفاية أقلّ من خطوة كما صدر من مولى مفتاح الكرامة لا حجّة فيها و أوهن من ذلك التعلّق بانّ العلماء اعرف بمداليل الألفاظ و بالعرف و العادة فتعيينهم للخطوة كاشف عن عدم صدق الافتراق عرفا بما دونها فانّ فيه أوّلا منع كشف تحديدهم عن العرف و ثانيا منع انسياق كلامهم للتّحديد الشّرعى أو العرفى بل هى فى كلماتهم مثال فتدبّر ثمّ انّ المعتبرين للخطوة أداروا ذلك مدار العرف قال الفقيه الغروى (- ره-) انّ المراد بالخطوة الخطوة المتعارفة إذ هى الّتى ينصرف إليها الإطلاق انتهى و هو بناء على التّحديد بالخطوة لا بأس به

قوله طاب ثراه ثمّ اعلم انّ الافتراق على ما عرفت من معناه يحصل بحركة أحدهما (- اه-)

أقول قد أهمل الماتن (- ره-) جملة من فروع الافتراق و لا بدّ لنا من التعرّض لها الأوّل انّه قال الفاضل المقداد (- ره-) فى التنقيح انّ الافتراق هنا ليس باللّفظ كما يقول أبو حنيفة بل بالأبدان و لو بخطوة و ذلك لانّه لمّا كان الاجتماع على التساوى انّما هو على الأبدان كان الافتراق بالأبدان (- أيضا-) انتهى قلت ما ذكره (- ره-) من كون المدار على الافتراق بالأبدان واضح و كفاك فى ذلك الأخبار المزبورة الحاكية لفعله عليه السّلام مضافا الى عدم صدق الافتراق عرفا و لغة الأعلى الافتراق بالأبدان لكن الإشكال فيما عزاه الى ابى حنيفة فإنّه قد خالف النّبى صلّى اللّه عليه و آله فى أصل ثبوت خيار المجلس فضلا عن بيان مسقطة الّا ان يكون قال به على فرض التنزّل الثّانى انّه قال فى (- كرة-) و يحصل بالتفرّق بالأبدان لا بالمجلس خاصّة لانصراف الإطلاق إليه عرفا انتهى و ما ذكره متين الّا انّه عليه السّلام جعل المدار افتراقهما الظّاهر بل الصّريح فى افتراقهما بالأبدان و لم يجعل المدار على مفارقتهما المجلس و تظهر الثمرة بين كون المدار على الافتراق بالأبدان و بين كونه بالمجلس انّه لو مضى أحدهما و الأخر باق فى موضعه فعلى الأوّل يسقط خيارهما جميعا لحصول الافتراق بينهما بمضىّ أحدهما و على الثّانى لا يسقط خيارهما لعدم افتراقهما المجلس بل افتراق أحدهما و بهذا التّقريب تزيد الأخبار وضوحا فى المطلوب لانّه (- ع-) اثبت اللّزوم بمجرّد مشيه عليه السّلام الثّالث انّ المراد بالافتراق هو الافتراق بتمام البدن لا أبعاضه فلو تبايعا مضطجعين أو مستلقيين أو إقدامهما متلاصقة ثمّ قبض كلّ رجليه فحصلت فرجة عظيمة مع بقاء رأسيهما على حالهما فالخيار باق كما صرّح به الفقيه الغروىّ (- ره-) لانصراف إطلاق الافتراق الى افتراق تمام البدن الرّابع انّه لا يحصل التفرّق و الافتراق المسقط للخيار ببقائهما فى المجلس و ضرب ساتر بينهما كما صرّح بذلك فى (- ط-) و (- ئر-) و (- كرة-) و اللمعتين و (- لك-) و محكى (- ير-) و (- س-) و سائر ما تأخّر عنها بل فى عبائر جمع من الأواخر منهم صاحب الجواهر (- ره-) ففى وجدان الخلاف فيه و فى مفتاح الكرامة انّه لعلّه ممّا لا خلاف فيه عندنا و انّما نسب الخلاف الى بعض الشافعيّة انتهى و

النّاسب هو العلّامة (- ره-) فی (- کرة-) حیث قال لا یحصل التفرّق ببقائهما فی المجلس و ضرب ساتر بینهما کستر و شبهه و یکون کما لو غمّضا عینهما و کذا لو شقّ بینهما نهر لا یتخطأ و کذا لو بنی بینهما جدار من طین أو جصّ و فی الأخیر للشّافعیّة وجهان أصحّهما عدم السّقوط لأنّهما فی مجلس العقد انتهی و قد صرّح بعدم الفرق فی الحائل بین الرّقیق کالسّتر و الغلیظ کالحائط و المانع من الاجتماع کالنّهر العظیم و غیرها جمع و الأصل فی المسئلة إطلاق النّصوص و الفتاوی بعد عدم صدق الافتراق علی شیء من ذلک مجرّد إذ المفهوم منه تباعدهما عن الحدّ الّذی کانا علیه و امّا إسقاط بعض الشّافعیّة للخیار ببناء جدار بینهما فمبنیّ علی ما یظهر من جمع منهم من ادارة الحکم مدار الافتراق عن المجلس فلو افترقا بالأبدان فی مجلس واحد لم یقدح فی الخیار و لو مشیا مصطحبین و فارقا المجلس سقط الخیار و علی ذلک المبنیّ فالتّفریع فی محلّه لصدق تعدّد المجلس ببناء حائط لا یضرب ساتر سیّما إذا کان رقیقا و ممّا یظهر منه ادارتهم الحکم مدار مجلس العقد ما حکاه فی (- کرة-) عن الشّافعی من انّهما إن کانا فی دار صغیرة لم یحصل التفرّق الّا بان یخرج أحدهما من الدّار أو یصعد أحدهما إلی العلوّ و الأخر فی السّفل و کذا المسجد الصّغیر و السّفینة الصّغیرة لا یحصل التفرّق الّا بالخروج منهما و إن کانا فی دار کبیرة و کان أحدهما فی البیت و الأخر فی الصّفة حصل الافتراق أو یخرج أحدهما من البیت الی الصّحن أو یدخل من الصّحن الخامس انّ التفرّق من جهة العلوّ و الهبوط کالتفرّق من الجهات الأربع لإطلاق النصّ و صدق الافتراق عرفا السّادس انّه قال الفقیه الغرویّ (- ره-) انّه لو تکثّرت الخطأ علی وجه الاستدارة فلا افتراق و أقول انّ ذلک انّما یتمّ علی القول بعدم کفایة خطوة واحدة فی الافتراق مع انّ مذهبه الکفایة فالفرع لا یلائم مختاره الّا ان یرید بذلک ما إذا لم یوجب الخطاء علی وجه الاستدارة زیادة الفصل بینهما عمّا کان حال العقد کما إذا کان الفاصل بینهما خمسة أذرع فاستدار فی الخمسة اذرع السّابع انّه یعتبر فی الافتراق المسقط للخیار صدوره فی حال کون المفارق عاقلا فلو جنّ أو أغمی علیه فتفرّق لا عن شعور لم یسقط خیار المجلس للاستصحاب بعد

تبادر افتراق العاقل من النصّ و هل ینقطع الخیار بنفس الجنون و الإغماء أم لا حکی الأوّل عن أحد وجهی الشّافعیّة تنزیلا لذلک منزلة الموت و فساده ظاهر لمنع الأصل أوّلا کما ستعرف (- إن شاء الله-) (- تعالی-) و وجود الفارق

ص: ۳۷

ثانيا لانّ الجنون ممكن الزّوال بخلاف الموت و (- ح-) فيكون الولىّ قائما مقامه قال فى (- كرة-) لو جنّ احـد المتعاقـدين أو أغمى عليه قبـل التفرّق لم ينقطع الخيـار لكن يقوم وليّه أو الحـاكم مقـامه فيفعـل مـا فيه المصـلحة من الفسـخ أو الإجـازة و هو أظهر وجهى الشّافعيّـة و لهم وجه أخر مخرج من الموت انّه ينقطع و لو فـارق المجنون مجلس العقـد قـال الجوينى يجوز ان يقـال ينقطع الخيار لانّ التصـرّف انقلب الى القيّم عليه و عورض بـأنّه لو كـان (- كـك-) لكـان الجنون كالموت ثمّ قال و لو خرس أحـدهما قبل التفرّق فإن كان له اشارة مفهومـة قامت مقام لفظه و ان لم تكن له اشارة مفهومة و لا حظ كان حكمه حكم المغمى عليه ينوب عنه الحاكم انتهى و لا يخفى عليك ان لازم قيام الولىّ مقامه كون المدار على تفرّقه الّا ان يقال انّ مقتضى ما اعترفت به سابقا من عدم اعتبار القصد الى كون الافتراق لإسـقاط الخيار و لا الالتفات اليه هو عدم اعتبار العقل فيكون افتراق المجنون و المغمى عليه مسقطا للخيار و لا معنى (- ح-) لقيام وليّه مقامه من هذه الجهة و ان قام مقامه من حيث الفسخ أو إسـقاط الخيار بعد العقد على ما يراه صلاحا و يأتى هنا الفروع الآتيـة فى الموت إنشاء اللّه تعالى الثّامن انّه لو مشـيا و قرب أحـدهما من صاحبه بمقـدار بعد الأخر و قدر المساحة بينهما باق فهل يعدّ تفرّقا اشـكال و اسـتظهر الفقيه الغروىّ (- ره-) صـدق الافتراق بذلك و لم افهم وجهه لأنّهما و ان فارقا موقف البيع إلّا انّهما لم يفترقا لبقاء المساحـة الّتى كانت بينهما حال البيع فالأظهر عـدم سـقوط الخيار لعـدم صـدق الافتراق بالأبـدان عرفا نعم لو تباعد أحدهما عن الأـخر بخطوة ثمّ لحقه لم يمنع اللّحوق أخيرا من سـقوط الخيار الحاصل بالتفرّق كما لم ينفع عوده عليه السّـلام الى مجلس العقـد فى عود الخيار و من هنا علم انّه لا فرق فى سـقوط الخيار بالافتراق بين عوده اليه و عـدمه و لا بين قصـد العود و عـدمه التاسع انّه لو تفرّقا بعـد الشـروع فى العقـد و رجعا قبل إتمامه فالظّاهر انّه لا يحكم بتحقّق التفرّق لانّ ظاهر النصّ و الفتوى كون المـدار على الافتراق بعد تمام العقد العاشـر انّهما لو مشـيا مصطحبين لم يصدق التفرّق و لم يسقط الخيار لانّ المدار على مفارقة أحدهما الأخر لا عن المجلس قال فى (- كرة-) قـد عرفت انّ الحوالة فى التفرّق على العادة فلو تبايعا و أقاما سـنة فى مجلسـهما لم يتفرّقا بأبدانهما بقى الخيار و كذا لو قاما و تماشـيا مصـطحبين منازل كثيرة لم ينقطع الخيار لعدم تحقّق التفرّق و به قال أكثر الشّافعيّة و لباقيهم قولان غريبان أحدهما انّه لا يزيد الخيار على ثلثة أيّام لأنها نهاية الخيار المشـروط شـرعا و هو ممنوع و الثّانى قال بعضـهم لو لم يتفرّقا لكن شرعا فى أمر أخر و أعرضا عمّا يتعلّق بالعقد و طال الفصل انقطع الخيار و ليس بشـىء انتهى الحادى عشـر انّه قال الفقيه الغروىّ (- قدّه-) انّه لو كان البائع جماعـة و المشترى واحدا و بالعكس أو كان الطّرفان و أجزنا اشتراک العاقدين فى العقد الواحد كان يقول احد الوكلاء بعتك يا زيد و يقول الأخر و يا عمرو و هكـذا أو يقول أحدهم بعتك الدّرهم و الأخر الدّينار فيقول المشترى قبلت و مثله تعدّد الوارث بناء على انّ المدار على تفرقته فهل يحصل التفرّق بالبعض أو بالكلّ أو كالتفرّق فى باب الجماعة يناط بالصّدق العرفى أو يعطى كلّ حكمه وجوه أضـعفها الأخير لعـدم جواز التبعّض فى الالتزام و الفسـخ و مـدرک الأوّلين صدق التفرّق و عدمه و لعلّ الأقوى الثّانى استصـحابا لبقاء الخيار و هو الظّاهر من النصّ انتهى و أقول الأولى بناء ذلک على انّ العقـد المـذكور هل هو عقـد واحـد أو عقود متعـدّدة فعلى الأوّل يبنى على تفرّق الجميع و على الثـانى يجرى على كـلّ حكمه لأـنّه إذا وقع عقود متعـددة فى مجلس واحـد كان لزوم كلّ منها بافتراق طرفيه و عـدم جواز التبعّض فى الاـلتزام و الفسـخ انّما هو فى العقـد الواحـد فالقول بـدوران الحكم مـدار تفرّق البعض مطلقا أو تفرّق الجميع مطلقا لا وجه له كما لا وجه لإطلاق استضعاف الوجه الأخير و استصحاب الخيار الّذى احتجّ به للوجه الثّانى انّما ينفع بناء على كون العقود المشتركـة عقـدا واحـدا و الّا لكـان افتراق البعض مورثا للقطع بسـقوط خياره فينتفى موضوع الاستصـحاب بل لمن قصـر حجيّة الاستصـحاب على ما إذا لم يكن الشکّ فى المقتضـى المناقشة فى الاستصـحاب المذكور حتّى بناء على كون العقود المشتركة عقدا واحدا بأول الشکّ هنا الى

استعداد الخيار للبقاء بعد افتراق البعض و امّا اسـتظهار الوجه الثّانى من النصّ فلم افهم وجهه و هو ادرى بمواقع كلامه الثّانى عشـر انّه لو باع الوكلاء شـيئا واحدا عن شـخص دفعة فقد صـرّح الفقيه الغروىّ (- ره-) ببقاء الخيار ببقاء واحد منهم لانّ كلّا منهم مع المشترى

متبايعان فما دام واحد منهم باقيا يصدق عدم تفرّق المتبايعين و التقييد بالدّفعة واضح الوجه إذ لو سبق أحدهم كان المدار على تفرّقه و لم يكن بالباقين عبرة ضرورة انّ المال قد انتقل بالعقد الأوّل إلى المشترى و المنقول الى شخص لا ينقل ثانيا اليه من غير فسخ و لا نقل الى غيره فتكون العقود المتأخّرة لاغية و لكن يمكن المناقشة فيما افاده (- قدّه-) بانّ جميعهم (- ح-) بمنزلة عاقد واحد فاذا تفرّق بعضهم صدق انّ البائع غير باق فى المجلس لتفرّق البعض الّا ان يقال انّ المدار فى بقاء الخيار ليس على بقاء المتبايعين بل المدار فى سقوطه على افتراق المتبايعين و لا شكّ فى انّ المتبايعين لم يفترقا لبقاء بعض احد الطّرفين لكن الإنصاف أنّ الفرع مشكل لخروجه عن منصرف النّصوص فتأمّل جيّدا و يمكن المناقشة بوجه أخر و هو انّا ان قلنا بانّ الخيار للموكّل كان المدار على تفرّقه فالفرع ساقط فتأمّل نعم إن كان للوكيل كان لبقاء الخيار ببقاء البعض وجه من حيث انّ لازم كون مبيعهم شيئا واحدا اتّحاد الخيار و اشتراكهم فيه فكلّ من تفرّق منهم كان ذلك منه إسقاطا لحقّه فلمن لم يسقط استيفاء الحقّ المشترك فتأمّل الثّالث عشر انّه لو كان وكيلا فى الإيجاب و القبول و بعد إيقاع الإيجاب تولّى المشترى الموكّل القبول حصل العقد بهما و لم يندرج فى عنوان التولّى للطّرفين الآتى ذكره و كان المدار على افتراق المشترى و الوكيل أو المشترى و الموكّل فى الإيجاب على اختلاف القولين المتقدّمين فى كون الخيار للوكيل أو الموكّل فراجع الرّابع عشر انّه لو استطال مكان العقد بحصوله حال العدو فعاد أحدهما بعد التّمام الى بعض المسافة دون الآخر حصل الافتراق المسقط للخيار كما هو واضح الخامس عشر انّهما لو جاءا مصطحبين و تنازعا فى التفرّق بعد البيع فادّعاه أحدهما و انّ البيع قد لزم و أنكر الأخر قدّم قول المنكر مع يمينه لأصالة دوام الاجتماع و لصدق المنكر عليه عرفا و ربّما حكى فى (- كرة-) عن الشّافعى فى أحد قوليه البناء على الظّاهر بمعنى انّه ان قصرت المدّة قدّم قول المنكر مع اليمين و ان طالت قدم قول المدّعى لندور اجتماع المدّة الطّويلة فمدّعيه يدّعى خلاف الظّاهر فيقدّم قول مدّعى الفسخ بالتفرّق بناء على الظّاهر و ضعفه ظاهر كضعف ما عن الشّهيد (- ره-) فى حواشيه من جعله الأصل لزوم البيع و الظّاهر الانصحاب فإنّ أصالة عدم الافتراق مقدّمة على أصالة اللّزوم و كون الظّاهر الانصحاب مطلقا محلّ منع و لو اتّفقا على التفرّق و قال أحدهما

ص: ۳۸

فسخت قبله لجلب المنافع من حال الفسخ المدّعى الى حال التفرّق و أنكر الأخر قدّم قوله مع اليمين لأنّ الأصل عدم الفسخ و لصدق المنكر عليه عرفا و عن الشّافعى فى أحد قوليه تقديم قول مدّعى التصرّف لأنّه أعرف بتصرّفه و ليس بشىء لأنّ قول المدّعى فيما يدّعيه بيمينه انّما هو فيما لا يعلم الّا من قبله و الفسخ ليس من ذلك القبيل و لو اتّفقا على عدم التفرّق و ادّعى أحدهما الفسخ و أنكر الأخر قدّم قول المنكر بيمينه للأصل و الصّدق و يكون المنافع الى حال التّداعى للمشترى و امّا بعد زمان التّداعى فيبنى على انّ دعوى الفسخ من مدّعيه فسخ من حينه أم لا ـ فعلى الأوّل تكون المنافع كعين المبيع للبائع و على الثّانى فالجميع للمشترى السّادس عشر انّ ظاهر الافتراق فى النصّ و الفتوى انّما هو الافتراق بالأجساد و فى سقوط الخيار بافتراقهما بالأرواح بموتهما أو موت أحدهما وجهان احتمل أوّلهما العلّامة (- ره-) فى (- عد-) و (- كرة-) و مال إليه فى مجمع الفائدة و استقرّ به فى محكى تعليق (- شاد-) و احتمل ثانيهما فى (- عد-) و (- كرة-) و الإيضاح و استظهره فى (- مع صد-) و افتى به فى الغنية و محكى (- ير-) و (- س-) و غيرها بل هو صريح كلّ من أفتى بأنّ جميع أقسام الخيار موروث كما يأتى ذكرهم إنشاء اللّه تعالى حجّة الأوّل أمران الأوّل انّ مفارقة الدّنيا اولى من مفارقة المجلس فاذا سقط بمفارقة المجلس كان سقوطه بمفارقة الدّنيا اولى و فيه منع الأولويّة فإنّ المراد من الافتراق التّباعد فى المكان و هو انّما يكون للجسم فلا ـ يصدق بمفارقة الرّوح جسده و زاد فى (- لك-) انّ الرّوح لا ـ يعلم مفارقتها للمجلس فيستصحب الحكم الثّانى انّ ظاهر الرّوايات انّ البيعين بالخيار مع الحيوة لعود ضمير التفرّق إليهما فمع الممات يسقط الخيار تبعا لمتعلّقه ذكر ذلك الفقيه الغروىّ (- ره-) و فيه نظر ظاهر لكونه دعوى محضة فانّا و ان سلّمنا انّ البيعين بالخيار مع الحيوة لكن أخبار الإرث تفيد قيام حيوة الوارث مقام حيوة المورث فى جميع الأشياء فسقوط الخيار بالممات الذى فرعه على كون خيار البيعين مع الحيوة دعوى محضة راجعة إلى الاجتهاد فى مقابلة نصوص الإرث الّا ان يقرّر بانّ الظّاهر المتبادر من اخبار الخيار انّما هو الثّبوت مع حيوة المتعاقدين فتبقى صورة موتهما أو أحدهما تحت أصالة اللّزوم لكنّ فيه انّ الخيار قد ثبت قطعا قبل الموت و الشكّ انّما هو فى زواله و أدلّة الإرث تقتضى انتقاله الى الوارث و عدم زواله حجّة الثانى أمور الأوّل ما تمسّك به فى الغنية من الإجماع حيث قال و خيار المجلس و الشرط موروث بدليل إجماع الطائفة انتهى الثّانى انّ ثبوت الخيار بالعقد معلوم و سقوطه ممّا لا دليل عليه فيستصحب كذا قرّره فى (- مع صد-) ولى فيه نظر لأنّه ان أراد استصحاب الخيار الى حال الموت فلا حاجة اليه و ان أراد استصحابه بعد الموت كما هو الظّاهر فالموضوع متبدّل الثالث انّه لا ريب فى كون الخيار من الحقوق و قد قام الإجماع و دلّ النصّ على انّ ما ترك الميّت من حقّ فلوارثه فاذا مات انتقل الى الوارث و الى ذلك أشار فى الغنية بقوله بعد عبارته المزبورة و لأنّه إذا كان حقّا للميّت ورث كسائر حقوقه لظاهر القران الرّابع ما فى الإيضاح من انّ مناط السّقوط الافتراق الاختيارى و لهذا لو فرقا كرها لم يسقط و الافتراق الاختيارى غير حاصل بالموت الخامس ما فى الإيضاح (- أيضا-) من انّ المراد الافتراق فى الأين و انّما يتحقّق بالأبدان و لم يحصل فالقول الثانى أظهر ثمّ لا فرق فى قيام الوارث مقام المورث فى الخيار بين كونه حاضرا فى مجلس موت المورث أم لا و انّما الكلام فى مقدار امتداد الخيار بينه و بين الحىّ أو الوارث الأخر و الكلام تارة فى الحاضر و اخرى فى الغائب امّا الحاضر ففيه وجوه أحدها انّ المدار على مجلس الوارث و الطّرف الأخر من غير مدخليّة لبقاء الميّت فى المجلس و أخذهم إيّاه إلى موضع أخر و بعبارة أخرى إذا كان الوارث حاضرا فى مجلس النّزع انتقل اليه الخيار بموت مورّثه و كان المدار على افتراق الوارث مع الطّرف الأخر سواء أخذ الميّت أم لا نظرا الى انّ مفارقة الميّت للمجلس كمفارقة المخرج من المجلس كرها الممنوع من التّخاير فكما انتقل هناك الى مجلس زوال الإكراه للزوم الضّرر ببقاء الخيار دائما فكذا ينتقل هنا الى مجلس الوارث و قد يضعّف هذا الوجه بكونه قياسا و فيه منع بل هو تنقيح للمناط ان ثبت الحكم فى الأصل فإنّ الخيار يتبع بقاء المجلس فاذا قام الوارث مقام المورث و

كان هو بموته بمنزلة الجدار و كان المدار على عدم تفرّق القائم مقامه و لم يكن لتفرق الميّت اثر ثانيها كون المدار على مجلس الميّت و الطّرف الأخر فما داما فى موضع العقد فالخيار باق و إذا افترقا أو أحدهما كان أخذ الميّت أو مضى الطرف الأخر سقط

الخيار افتى به جمع فى (- عد-) و محكى التحرير و (- مع صد-) و جعله فى مفتاح الكرامة أولى و قواه الفقيه الغروى (- ره-) و عليه فلو فارق الطّرف الأخر أو أخذ الميّت سقط الخيار و ان لم يفارق الوارث الطّرف الأخر و لو فارق الوارث الطّرف الأخر لم يسقط الخيار ما لم يفارق الطّرف الأخر الحىّ الميّت و ربّما علّل ذلك فى مفتاح الكرامة بانّ بقاء الخيار انّما يكون لانتفاء تفرّق المتعاقدين و ذلك انّما هو باعتبار بقاء الميّت مع العاقد الأخر و فيه انّ المفروض انتقال الخيار الى الوارث و لازمه كون المدار على بقائه (- أيضا-) فانّ المراد بالافتراق افتراق ذوى الخيار و الميّت كالجدار فلا عبرة ببقائه و ربّما علل الفقيه الغروىّ (- ره-) ذلك بالاستصحاب و ليت شعرى ما ذا أراد بذلك فإن أراد استصحاب كون المدار على عدم افتراق المتبايعين فالموضوع متبدّل لأنّهما كانا حين التّبايع حيّين و الآن ميّتان أو ميّت و حىّ مضافا الى ما عرفت من انّ أخذ الميّت كأخذ الحىّ مكرها لا اثر له و ان أراد غير ذلك فهو اعرف ثالثها بقاء الخيار دائما من غير سقوط بالتفرّق كالعاقد الواحد على احد الوجهين احتمله الفقيه الغروىّ (- ره-) و بعض من سبقه و هو فى غاية السّقوط لكون البقاء دائما خلاف مصلحة شرع الخيار لاستلزامه الضّرر و (- أيضا-) فموضوع هذا الخيار المجلس و لا معنى لبقائه بعد انقضائه و انّما الكلام فيمن هو المدار من الحضّار رابعها بقاء الخيار دائما بالنسبة إلى الميّت و امّا الطرف الأخر فيدور مدار ذهابه من المجلس كأحد الوجوه فى المكره و فيه نظر من وجهين أحدهما الثّبوت بالنّسبة إلى الميّت دائما فإنّ فيه انّه مناف لانتقال الخيار الى وارثه فإنّه لا معنى لكون الخيار لشخص و المدار شخصا أخر مع انّ الثّبوت دائما قد عرفت ما فيه و الأخر دورانه بالنّسبة إلى الطّرف الأخر مدار ذهابه من المجلس فإنّه و إن كان فى نفسه حقّا الّا انّ اختلاف زمان هذا الخيار بالنّسبة إلى الطّرفين خلاف المعهود من الشّرع خامسها كون الخيار للوارث بعد موت المورث فوريّا فان اختار الردّ أو الإمضاء و الّا سقط خياره و هذا (- أيضا-) بيّن السّقوط لانّ وضع هذا الخيار على البقاء ما دام الاجتماع باقيا فان بنى على الانتقال الى الوارث كان اللّازم الدّوران مدار مجلسه و الّا فهو ساقط من أصله هذا كلّه فيما إذا كان الوارث حاضرا فى مجلس الموت و امّا إذا كان غائبا ففيه (- أيضا-) وجوه أحدها سقوط مجلس الميّت

ص: ۳۹

عن الاعتبار و امتداد الخيار الى ان يصل الخبر الى الوارث و ان بعد ما بينهما و لم يعلم أحدهما بمكان الأخر ذكره فى (- عد-) و (- كرة-) و محكى تعليق (- شاد-) امّا سقوط مجلس الميّت عن الاعتبار فلمّا مرّ من كونه كالجماد و امّا امتداد الخيار الى ان يصل الخبر الى الوارث فقد علّله فى (- كرة-) بقوله لئلّا يبطل حقّ كان للمورث انتهى و أنت خبير بأنّ الحقّ إذا كان على وجه يعتبر فيه الحضور لم يكن من سقوطه و بطلانه بفقد شرطه مانع و خيار المجلس ممّا يعتبر فيه الحضور فلا ينتقل الى الوارث الغائب من أصله لأنّ كونه قابلا للإرث مقصور على صورة حضور الوارث لئلّا يفوت الوصف العنوانى و ربّما ناقش المحقّق الثّانى (- قدّه-) فى (- مع صد-) فى هذا الوجه بوجه أخر حيث قال هذا ليس بشيء لأنا إذا أسقطنا اعتبار الميّت امتنع الحكم ببقاء الخيار لانتفاء متعلّقه و هو عدم تفرّق المتبايعين ثمّ انّا إذا أسقطنا اعتبار الميّت فالحكم ببقاء الخيار الى وصول الخبر دعوى لا مستند لها انتهى قلت ما ذكره ثانيا فى محلّه كما أشرنا و امّا ما ذكره أوّلا ففيه انّه لا مانع من إسقاط اعتبار الميّت لكونه كالجماد و يكون بقاء الخيار لقيام الوارث مقامه كما مرّ ثمّ على هذا الوجه هل يمتدّ الخيار بامتداد المجلس الّذى وصل فيه الخبر أم لا و على الثانى هل يكون فوريّا أو على المتراخى غير محدود بالمجلس وجوه اختار الفوريّة فى (- كرة-) و الإيضاح و احتمل الأوّل بعضهم و الأخير بعض أخر قال فى (- مع صد-) بعد عبارته المزبورة ما لفظه و أبعد منه امتداده بامتداد المجلس الّذى وصل فيه الخبر لانّ المراد من المجلس مجلس البيع لا ـ مطلق المجلس فتحديده بهذا المجلس تحكّم فامّا ان يجعل على الفور أو يجعل على التّراخى غير محدود بالمجلس و الحقّ انّ هذه احتمالات واهية انتهى و ربّما يوافق التّحديد بالمجلس الاعتبار كما أشار إليه فخر الدّين (- ره-) فى الإيضاح و هو انّ خيار المجلس منوط بمجلس البيع و قد تعذّر مجلس البيع فيبقى هذا لانتفاء غيرهما قطعا و (- أيضا-) مجلس وصول الخبر مجلس ثبت فيه التّخيير بين الفسخ و الإمضاء و كلّ مجلس ثبت فيه التّخيير تخيير المجلس يمتدّ بامتداده و انّما يزول بمفارقته أو إسقاطه ثمّ قال و انّما قلنا التخيير و لم نقل الخيار لانّ الخيار ملك الفسخ و هو يحصل للوارث بالموت فهو قبل المجلس المذكور و امّا التخيير بين الفسخ و الإمضاء فمشروط بالعلم لاستحالة تخيير الغافل انتهى و أنت خبير بأنّه اعتبار محض لانّ المدار فى هذا الخيار ليس على افتراق المجلس ليقاس عليه المجلس الّذى ذكره و الّا للزم كون المدار افتراقهما مجلس العقد و انّما المدار على الافتراق بالأبدان فما ارتكبه قياس مع الفارق ثانيها سقوط الخيار عن أصله احتمله بعضهم و هو الوجه لما مرّ ثالثها بقاء الخيار دائما على نحو ما مرّ فى الحاضر و ضعفه ظاهر كما مرّ ثمّ انّ هذا كلّه مع اتّحاد الوارث فلو تعدّد جرى هناك الاحتمالات المزبورة مع الحضور و فى ثبوت الخيار لكلّ واحد فى مجلسه إذا كان غائبا و عدم الثّبوت ثمّ لو اختلفا أو اختلفوا مع التعدّد فى الفسخ و الإجازة ففى (- لك-) انّه يقدّم الفاسخ ثمّ قال و فى انفساخ الجميع أو فى حصّته خاصّة ثمّ يتخيّر الأخر لتبعّض الصّفقة وجهان أجودهما الأوّل ثمّ قال و لو اعتبرنا تفرّق الوارث أو الأخر ففارق أحد الورثة لم يؤثر لعدم صدق الافتراق بين المتبايعين نظرا الى قيام الجميع مقام المورث ثمّ قال و لنعم ما قال انّ فى هذه الفروع كلّها اشكالا انتهى و أقول مثل تلك الفروع فى عدم الخلوّ من الإشكال فروع أخر فمنها انّه بناء على ثبوت الخيار للوكيل فى نفس الصّيغة و انتقال الخيار بالإرث فهل ينتقل إلى ورثة الوكيل أو ورثة الموكّل فانّ الفقيه الغروىّ (- ره-) ذكر فيه وجهين و منها ما إذا عزل الوكيل فانّ فى بقاء الخيار له أو انتقاله الى الموكّل وجهين و منها انّه بناء على كون المدار على تفرّق الحىّ مع الميّت لو ذهب ببعض الميّت دون البعض فانّ فيه وجهين و قد يفصل بين الجزء الّذى تبقى الحيوة معه و غيره أو ما يتحقّق الاسم بدونه و ما لا يتحقّق صدق الاسم بدونه الى غير ذلك من الفروع المشكلة لفقد النصّ و عدم الانطباق على قاعدة يركن إليها فى مقام العمل

[مسألة المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه]

قوله طاب ثراه المعروف انّه لا اعتبار (- اه-)

لا يخفى انّ الإكراه على التفرّق له صور الأولى إكراههما على التفرّق و على عدم اختيار الفسخ و الإيجاب كان سدّ أفواههما أو هدّدا على التكلّم و الإشارة المفهمة بما يخاف منه إيقاع ما هدّد به الثّانية ان يكرهها على التفرّق و لا يكرها على الاختيار مطلقا لا فسخا و لا إيجابا الثّالثة ان يكرها على التفرّق و على اختيار الفسخ فقط الرّابعة عكس الثّالثة و هذه العبارة قد سيقت لبيان حكم الصّورة الأولى و قد وصف الماتن (- ره-) عدم سقوط الخيار (- ح-) بالمعروفيّة هنا و بالشّهرة فى وسط كلامه بل فى عبائر جماعة منهم مولى مفتاح الكرامة الجزم بعدم الخلاف فيه و فى زبر اخرين منهم صاحب الجواهر (- ره-) نفى الخلاف فيه و فى المصابيح انّه يشترط فى التفرّق المسقط الاختيار فلو أكرها على التفرّق من غير اختيار لم يسقط الخيار للإجماع كما فى الغنية و تعليق الشّرائع انتهى لكن فى مفتاح الكرامة انّه لم يجد فيما عنده من نسخ تعليق (- شاد-) دعوى الإجماع و انا لم أجدها فى الغنية و لكن كفى بعلّامة المصابيح حاكيا عنهما و إن كان لا حجّة فى الإجماع المنقول فان تمَّ شيء من الوجوه الّتى يأتى الإشارة إليها فى كلام الماتن (- ره-) فهو و الّا كان للتوقّف مجال و قد توقف فى المسئلة المحقّق الورع الأردبيلى (- ره-) فى مجمع الفائدة و الفاضل السّبزوارى (- ره-) فى الكفاية بل جزم بعض الأواخر بسقوط الخيار بالافتراق عن اكراه فقال التحقيق انّ الافتراق مسقط بأىّ وجه حصل من غير فرق بين كونه على وجه القصد أو الشّعور أو على وجه النسيان أو الغفلة أو الاضطرار أو الإكراه أو نحو ذلك و ذلك لصحّة استناد الافتراق إليهما فى جميع هذه الصّور و هو المدار إذ لا يعتبر فى اسناد الفعل الى الفاعل الّا قيامه به أو صدوره منه و لا يشترط فيه كونه على وجه القصد و الشّعور فضلا عن كونه على وجه الاختيار فى مقابل الإكراه نعم بعض الأفعال يعتبر فيها القصد كالتّعظيم و التّأديب و نحو ذلك كما انّ بعضها لا يمكن صدوره الّا بلا قصد كالسّهو و النّسيان و الغفلة أو بالاضطرار كالموت و السّقوط و نحو ذلك و فى الحقيقة هذا راجع الى مادّة الفعل بمعنى انّه يعتبر فى مادّته القصد أو الغفلة و عدم الشّعور و الّا فالإسناد لا شرط له فالأفعال الّتى لا يشترط فى صدق موادّها القصد و الاختيار لا يشترط فى صدق إسنادها شيء و الافتراق من هذا القبيل انتهى و ما ذكره موجّه لو لا دليل اعتبار الاختيار فى كون الافتراق مسقطا للخيار فانّ المنكرين للإسقاط لا يدعون كون الاختيار شرطا فى صدق مطلق الافتراق حتّى يكون مقالة هذا البعض ردّا عليهم و انّما يدعون قيام الدّليل على اعتبار الاختيار فى الافتراق المسقط ثمَّ ان فى تمثيله لما لا يمكن صدوره الّا بلا قصد بالسّهو و النّسيان و الغفلة نظرا ظاهرا و كذا تمثيله لما لا يمكن صدوره الّا بالاضطرار بالسّقوط

قوله طاب ثراه لأصالة بقاء الخيار بعد تبادر (- اه-)

لا يخفى عليك انّه لو سلّم التّبادر لم يبق

ص: ۴۰

شكّ حتّى يحتاج الى الاستصحاب و الّا لكان لمناقش ان يقول انّ الافتراق قد جعل مسقطا للخيار و الشكّ انّما هو فى مانعيّة الإكراه من تأثيره أو شرطيّة الاختيار فى تأثيره و من البين أنّ أصالتى عدم مانعيّة الإكراه و عدم شرطيّة الاختيار حاكمتان على الاستصحاب لكون الشكّ فى بقاء الخيار ناشيا من المانعيّة و الشرطيّة و قد تقرّر فى محلّه انّ الأصل السّببى مقدّم على المسبّبى فتأمّل

قوله طاب ثراه و قد تقدّم فى مسئلة اشتراط (- اه-)

الّذى استشهد به فيما أشار إليه من الموضع هو استشهاد الإمام عليه السّلام بالنبوىّ صلّى اللّه عليه و آله على رفع بعض الأحكام الوضعيّة فإنّه يشهد بعموم المؤاخذة فيه لمطلق الالتزام عليه بشىء و الرّواية الّتى تضمّنت الاستشهاد المذكور هى المصححة الّتى رواها الشيخ الحرّ فى الوسائل عن احمد بن محمّد بن عيسى فى نوادره عن إسماعيل الجعفى عن ابى الحسن عليه السّلام قال سالته عن الرّجل يستكره على اليمين فيحلف بالطّلاق و العتاق و صدقة ما يملك أ يلزمه ذلك فقال لا ثمّ قال قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله وضع عن أمّتى ما أكرهوا عليه و ما لم يطيقوا و ما أخطئوا و الحلف بالطّلاق و العتاق و ان لم يكن صحيحا عندنا من دون الإكراه أيضا الّا انّ مجرّد استشهاد الإمام عليه السّلام فى عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما أكرهوا عليه يدلّ على انّ المراد بالنّبوى ليس خصوص المؤاخذة و العقاب الأخروى

قوله طاب ثراه و يمكن منع التّبادر (- اه-)

ربّما أيّد فقيه آل يس هذا المنع بإجماعهم على صدقه حقيقة على كلّ واحد منهما بمجرّد تباعد أحدهما عن الأخر و ان لم يشعر الثّانى بفعل الأوّل فإنّه يكشف عن كون المراد من الافتراق فى النصّ و الفتوى مجرّد التفرّق و الانفصال بالتّباعد عن مجلس العقد كما نبّه عليه فى الكفاية و على هذا فلا يحتاج فى إدراج الاضطرارى إلى ضميمة عدم القول بالفصل و احتمال خروج هذه الصّورة بالإجماع كما ترى لمخالفته لظاهر الكلّ من البناء على اتّحادهما فى نسبة الافتراق ثمّ انّ الفقيه المذكور زاد دعوى إمكان ان يقال انّ مفاد النّصوص اناطة الخيار مدار مجلس العقد و الحكم بأنّه المقتضى و إسقاط التفرّق له من حيث كونه مغيّرا لموضوع ذلك المقتضى و مزيلا له و من المعلوم تحقّق الإزالة بالتفرّق مطلقا و إن كان بدون اختيار ثمّ قال و بالجملة يكون المراد من قولهم عليهم السّلام ما لم يفترقا انّه لم يحصل ما يخرجهما عن الهيئة الاجتماعيّة الّتى كانا عليه حين العقد انتهى

قوله طاب ثراه فاذا دخل الاختيارى المكره عليه دخل الاضطرارى لعدم القول بالفصل (- اه-)

فيه انّه إذا كان يسلّم عدم القول بالفصل بين الاختيارى المكره عليه و الاضطرارى و يسلّم مساعدة الدّليل على عدم دخول الاضطرارى فما باله يلحق الاضطرارى بالاختيارى المكره عليه و لا يعكس مع انّه اولى و أوفق بفتوى الأصحاب البانين بزعمه على عدم الفصل فتدبّر

قوله طاب ثراه مع انّ المعروف بين الأصحاب انّ الافتراق (- اه-)

هذا تعرّض منه (- قدّه-) للصّورة الثّانية من صور الإكراه فى صدر المقال و هى ما إذا أكرها على التخاير و سقوط الخيار هنا هو مقتضى تقييد جمع كثير عدم سقوط الخيار بالافتراق مكرها بما إذا منعا من التّخاير أيضا بل صرّح بسقوط الخيار فى الفرض جمع كثير قاطعين به بل نفى فى مفتاح الكرامة وجدان الخلاف فيه و علّله بانّ السّكوت عند التفرّق مع التّمكّن من التّخاير كما هو المفروض قرينة الإمضاء و إسقاط الخيار و ناقش فيه كاشف الظلام بانّ هذا فرع علمهما بسقوط الخيار عند مطلق التفرّق و الشّأن فيه و إطلاق توقّف السّقوط على الافتراق الظّاهر فى الاختيار ينفيه على انّ هذا لا يتمّ فيما لو قطع بخلوّ ذهنهما و غفلتهما و ذهولهما عنه ثمّ قال فلعلّ القول بعدم السّقوط (- مط-) لا (- يخلو-) من قوّة إن كان عليه موافق و لا إجماع انتهى و حاصل غرضه انّه ان كان المتبادر من الافتراق الاختيارى منه كان مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين ما لو منعا من التّخاير و ما لو لم يمنعا و إن كان اللّازم الإسقاط بالافتراق عن (- كرة-) مع المنع من التّخاير (- أيضا-) و أنت خبير بما فيه فانّا و ان كنّا نسلّم ظهور الافتراق فى الاختيارى منه لكن

نقول انّ إطلاق توقّف السّقوط على الافتراق و عدم السّقوط بدونه قد قيّد قطعا بما دلّ على سقوط الخيار بالتّخاير من غير افتراق فيكون مؤدّى الدّليلين بعد الجمع بينهما عدم سقوط الخيار الغير المشروط سقوطه إلّا بأحد أمرين على سبيل منع الخلوّ امّا الافتراق عن اختيار أو التّخاير عن اختيار فاذا حصل شيء منهما عن اختيار أوجب السّقوط فاذا حصل كرها لم يوجب السّقوط و لازم ذلك انّهما لو أكرها على التفرّق و لم يمنعا من التّخاير سقط الخيار لتركهما الخيار لكن الإنصاف متانة ما سمعت من كاشف الظّلام لأنّهما إذا أكرها سقط الافتراق عن الاعتبار و لم يوجب السّقوط فلا سبب لسقوط الخيار و مجرّد ترك التّخاير لا يوجب الإيجاب و لا يدلّ عليه فحالهما حال المتبايعين التاركين للتخاير ما داما في محلّهما نعم لو ظهر من القرائن الخارجيّة كون تركهما التّخاير مع تمكّنهما منه و افتراقهما كرها إرادتهما الإيجاب كان متّبعا و اين ذلك من الكلّية المدّعاة و دعوى شهادة مجرّد تركهما للتّخاير حين الافتراق كرها على الإيجاب مطلقا و في جميع الأوقات محلّ منع بالبديهة و من هنا أطلق في المصابيح و غيره عدم سقوط الخيار بالافتراق عن (- كرة-) و صرّح في الجواهر بانّ ترك اختيار الفسخ مع التمكن منه بعد الإكراه على الافتراق الّذي نزّله الشّارع منه منزلة العدم بالنّسبة إلى الإسقاط كالسّكوت في المجلس لا دلالة فيه عليه و لا وضع شرعا له كما هو واضح فيرجع الى استصحاب الخيار و نحوه ممّا مرّ و لك ان تقول انّه لمّا دلّ حديث الرّفع على كون الفعل المكره عليه كلا فعل كان مقتضاه عدم سقوط الخيار هنا (- أيضا-) إلّا إذا كشف عدم الفسخ عن الرّضاء بالعقد كما إذا كان معتقدا اجتهادا أو تقليدا أو اختراعا السّقوط بالتّفرّق عن (- كرة-) (- أيضا-) و امّا مع عدم اعتقاد ذلك فلا و امّا الصّورة الثّالثة و هي ما لو أكرها على التفرّق و على الفسخ فقط فربّما صرّح الفقيه الغروي (- قدّه-) فيها بعدم سقوط الخيار و علّل بعدم تمكّنه من الفسخ و لم افهم معناه لأنّهما إذا أكرها على الفسخ فلهما قصد الفسخ حقيقة فكيف حكم بعدم التمكّن منه فالأولى ان يقال انّهما ان قصدا الى الفسخ عن طيب النّفس سقط الخيار و ان فسخا كرها لم يسقط كعدم السّقوط بالافتراق كرها و امّا الصّورة الرّابعة و هي عكس الثالثة فقد صرّح الفقيه الغرويّ (- قدّه-) فيها بسقوط الخيار فيها معلّلا بتمكّنه من الفسخ فتركه دليل الالتزام ثمّ قال و الحاصل انّ المدار على التمكّن من الفسخ و عدمه و فيه ما في سابقة ضرورة انّ الإكراه على الإيجاب إن كان فلا يمكنه الفسخ و ان لم يكن خرج عن الفرض كما لا يخفى

قوله طاب ثراه مضافا الى الشهرة المحقّقة (- اه-)

هذا ينافي ما قرّره في الأصول من عدم حجّية الشّهرة و لو قال مضافا الى الإجماع المحكي المنجبر بالشّهرة لكان أهون من حيث ظهوره (- ح-) في كون المستند هو الإجماع المحكيّ و القول بحجيّته أهون من القول بحجّية الشّهرة و ان كنّا لسنا من القائلين بذلك

ص: ۴۱

قوله طاب ثراه و الى انّ المتبادر من التفرّق (- اه-)

ربّما منع بعضهم هذا التّبادر المدّعى و يستشهد للمنع بانّ لازم هذا التّبادر عدم اعتبار التفرّق فى حال الغفلة عن البيع أو فى حال النّوم أو نحو ذلك و ذلك ممّا لا يلتزم به احد

قوله طاب ثراه بقوله عليه السّلام فى صحيحة الفضيل (- اه-)

يمكن المناقشة فى هذا الاستدلال أوّلا بأنّ ظاهر الخبر كما نبّهنا عليه سابقا انّما هو الرّضا بالعقد حينه لا الرّضا المتأخّر فالمراد و اللّه العالم انّهما إذا افترقا فلا خيار بعد الرّضا منهما بأصل العقد حين إيقاعه و بعبارة أخرى قوله عليه السّلام بعد الرّضا بمنزلة العلّة فكأنّه عليه السّلام قال انّ الرّضا بالعقد حين وقوعه مقتض للّزوم و المجلس كان مانعا فاذا افترقا فقد زال المانع فيلزم أن يؤثّر المقتضى أثره و انّما قلنا ذلك ضرورة انّه لو أريد به الرّضا حال الافتراق لكان لازمه تقيّد إسقاط الافتراق للخيار بما إذا كان عن رضا بالعقد و لزومه فيلزمه عدم سقوط الخيار بالافتراق اختيارا مع عدم الرّضا بالعقد أو عدم الالتفات الى سقوط الخيار به و لا أظنّه و لا غيره يلتزم بذلك و ثانيا انّ مفاد الخبر على ما ذكره يكون سقوط الخيار بالافتراق كرها مع التمكّن من التّخاير و ذلك ممّا لا نمنعه و اين ذلك من عدم سقوطه بالافتراق كرها مع التمكّن من التخاير كما هو المدّعى فتدبّر جيدا و بالجملة فلو لم يكن الّا استصحاب الخيار للشكّ فى رافعيّة الافتراق عن (- كرهٔ-) مع عدم التمكّن من التّخاير لكفانا و يكفى فى إيراث الشكّ فى الرّافعيّة الشهرة العظيمة و الإجماعات المنقولة و (- ح-) فان تمّ شيء من الوجوه الأخر أوّلا لكانت مؤيّدات كالتّأييد بانّ شرع الخيار للإرفاق و لا رفق مع الإجبار فما صدر من المحقّق الأردبيلى (- ره-) فى مجمع الفائدة و السّبزوارى فى الكفاية من التّشكيك فى المسئلة لعدم النصّ عليها ليس على ما ينبغى كيف لا و صاحب (- ئق-) الّذى عادته الجمود على النّصوص وافق الأصحاب هنا و أخذ فى الطّعن عليهما حيث قال و كذا لو أكرها على التّفرّق فإنّه لا يسقط الخيار و الوجه فيه انّ الّذى دلّت الأخبار على كونه مسقطا انّما هو التفرّق الّذى هو فعل اختيارىّ لهما فالتّفريق بينهما قهرا ليس (- كك-) فلا يكون داخلا تحت النّصوص و بذلك يظهر انّ ما ذكره فى الكفاية بقوله و لا اعلم نصّا فى هذا الباب و كذا قول المحقّق الأردبيلى (- ره-) و قيّد المفارقة المسقطة بالاختيار و ما رأيت له دليلا فى النصّ و لعلّ وجهه ما يتخيّل من انّ الفعل الجبرى بمنزلة العدم فإنّه ما فعله باختياره فكأنّه بعد باق فى محلّه خصوصا إذا كان عارفا بالمسئلة و أراد الجلوس لعلّه يظهر له وجه يدلّ على مصلحته فى هذا العقد انتهى غير موجّه و فيه ما عرفت من انّ مورد النصّ الموجب لسقوط الخيار هو الافتراق و التفرّق الظّاهر انّ فى كونهما باختيار المكلّف و ارادته انتهى المهمّ ممّا فى (- ئق-) بقى هنا شيء و هو انّ الفقيه الغروىّ (- ره-) بعد التمسّك لعدم العبرة بالتفرق عن (- كرهٔ-) ببعض ما مرّ حاول إتقان المسئلة فقال فان قلت انّ الافتراق فى الرّوايات و كلام الأصحاب ان اعتبر فيه العلم و القصد و الاختيار فافتراق النّائم و السّاهى و النّاسى و المدهوش و السّكران و المغمى عليه و المجنون و المجبور ليس بافتراق فالتمكّن من الاختيار و عدمه سيّان فبقاؤه من غير اختيار مع تملّكه حتّى يرتفع لا بأس به و ان دخل الافتراق و الحكم وضعىّ لا شرعىّ ينبغى ان يسقط الخيار بمجرّد حصوله بأىّ كيفيّة كان قلت لنا ان نلتزم بالأوّل بدعوى انّه المتبادر و انّ من ذكره عدى المجبور قد الحقه الإجماع بالمختار القاصد العالم و يبقى المجبور على وفق القاعدة و عليه منع ظاهر لعدم تحقّق الإجماع فى ذلك كيف و فى (- مع صد-) قد تأمّل فى إلحاق المدهوش بالمجنون و لم ينصّ على حكم المسئلة احد من الأصحاب مع انّه على هذا يكون غير المجبور أسوء حالا منه أو نلتزم بالثّانى و نقول انّ المجبور فقط الممنوع من التّخاير أخرجه الإجماع و هو بعيد و الظّاهر انّ المنشأ الصّدق العرفى فى الفرق بين ما ذكر و بين المجبور و انّ النّائم و السّاهى و نحوهما ينسب إليهما فعل الافتراق عرفا كالمختار القاصد بخلاف المجبور فإنّه لا يقال فيه افترق نعم يبقى الإشكال بالنّسبة إلى المجبور فى افتراقه الغير الممنوع من اختياره فمقتضى ذلك عدم السّقوط فيه الّا ان يكون الفارق الإجماع الى ان قال فان قلت بناء على انّ التفرّق المجبور عليه بحكم البقاء فى المجلس و عدم التفرّق المجبور عليه بحكم البقاء فى المجلس ينبغى ان يكون البقاء فى المجلس و عدم التفرّق المجبور عليه بحكم التفرّق و

تصوّر فيه تلك الصّور الأربع قلت هو قياس مع الفارق لوجود الدّليل فى الأوّل دون الثّانى مع انّ الأصل الاستصحاب كما يثبت الأوّل ينفى الثّانى فتأمّل انتهى كلامه علا مقامه

و للنّظر فيه مجال فتدبّر جيّدا

[مسألة لو أكره أحدهما على التفرق و منع من التخاير]

قوله طاب ثراه سقوط خيارهما كما عن ظاهر المحقّق (- ره-) و العلّامة و ولده السّعيد (- اه-)

قال الشيخ الوالد العلّامة أنار اللّه برهانه انّ وجه الاستظهار من المحقّق (- ره-) هو انّه قال و لو ضرب بينهما حائل لم يبطل الخيار عند الإكراه بما لو أكرها فيظهر منه انّه لو أكره أحدهما بطل الخيار و لكن لا يخفى عليك ما فى هذه الاستفادة من الخفاء و امّا وجه الاستظهار من العلامة (- ره-) فهو انّه قال فى ذيل العبارة الّتى سيحكيها الماتن (- ره-) عنه ما لفظه و الّا فالأقرب سقوطه فيسقط خيار الأوّل انتهى و ذلك لانّه قال بسقوط خيار الثابت عند عدم منعه من المصاحبة و التّخاير و فرع على سقوطه سقوط خيار صاحبه المكره فقط سقط الخياران و إن كان سقوط أحدهما بالأصالة و سقوط الأخر بالتّبع و امّا وجه الاستظهار من فخر الدّين (- ره-) فليس الّا تقريره فى شرح العبارة المذكورة ما ذكره والده و عدم الاعتراض عليه و سيذكره (- المصنف-) (- ره-) و امّا وجه الاستظهار من السيّد عميد الدّين فهو (- أيضا-) تقرير ما ذكره العلّامة (- ره-) فى عبارته المذكورة قال فى شرح (- عد-) فى ذيل قول العلّامة (- ره-) امّا الثابت فان منع من التخاير أو المصاحبة لم يسقط و الّا فالأقرب السّقوط (- اه-) ما نصّه لانّه على تقدير ان لا يمنع من المصاحبة يكون اختياره للبقاء مفارقة فيسقط خياره و حينئذ يسقط خيار الأوّل و ان قلنا باستمرار خياره فى صورة الإكراه لأنّ مفارقة أيّهما كان اختيارا يسقط الخيارين اتّفاقا انتهى و يؤكّد الظهور المذكور دعواه الاتّفاق لانّ الظّاهر انّه لا يذهل عن الاتّفاق الّذى ادّعاه هو بنفسه و لا يخالفه عمدا قطعا بل هذه هى العمدة فى الاستظهار المذكور هذا كلام الشّيخ الوالد أنار اللّه برهانه ثمّ انّ حجّة هذا القول هى تحقّق الافتراق المسقط لخيار المجلس و دعوى توقّف افتراقهما المجعول غاية لخيارهما على كونه عن اختيارهما ممنوعة بل يكفى حصوله عن اختيار أحدهما إذ لا أقلّ من الشكّ فى التوقّف فأصالة عدمه هى المحكّمة بعد فقد الدّليل عليه بل الدّليل على خلافه لإطلاق ما دلّ على سقوطه الخيار بالافتراق فإنّه يشمل الفرض و بعبارة و ضحى لا ريب فى سقوط خيارهما جميعا بالافتراق النّاشى من أحدهما فقط كما لو تحرّك أحدهما و الآخر ساكن فانّ الخيار يسقط بلا خلاف لصدق الافتراق إذ كما انّه يصدق

ص: ۴۲

على المتحرّك انّه فارق بحركة صاحبه فكذا يصدق على السّاكن انّه فارق المتحرّك بسكونه و (- ح-) فإذا أكره أحد الطّرفين على الافتراق كان سكون الأخر مع عدم المنع من المصاحبة افتراقا اختياريّا فيسقط به خيارهما جميعا و بذلك يسقط الاستصحاب المستدلّ به للقول الثّانى لعدم جريانه فى قبال الإطلاق و التّبادر المدّعى ممنوع كما يأتى توضيحه عند منع الماتن (- ره-) إياه إنشاء اللّه تعالى

قوله طاب ثراه و ثبوته لهما الى قوله و محتمل الإرشاد (- اه-)

عبارة (- شاد-) فى مبحث الخيار خالية عمّا يحتمل ذلك و لعلّ العبارة المحتملة لذلك مذكورة فى غير ذلك المبحث مناسبة ثمّ انّ حجّة هذا القول تأتى إنشاء اللّه تعالى فى كلام الماتن (- ره-) عند قوله و كيف كان فالأظهر فى بادى النّظر ثبوت الخيارين (- اه-)

قوله طاب ثراه و سقوطه فى حقّ المختار خاصّة (- اه-)

هذا القول مبنىّ على مقدّمتين الأولى توقّف حصول افتراقهما المجعول غاية لخيارهما على كونه عن اختيارهما و الأخرى كون اختيار كلّ منهما مسقطا لخياره خاصّة و فى المقدّمتين جميعا نظر يطهر ممّا مرّ فى كلامنا و ما يأتى فى كلام الماتن (- ره-)

قوله طاب ثراه و فصّل فى (- ير-) (- اه-)

هذا التّفصيل مبنىّ على مقدّمتين الأولى كفاية حصول افتراقهما المجعول غاية لخيارهما عن اختيار أحدهما و الأخرى اعتبار كون المسقط فعلا وجوديّا و حركة صادرة عن اختيار أحدهما و عدم كفاية كونه تركا اختياريّا كالبقاء فى مجلس العقد مختارا و أنت تعلم أنّ المقدّمة الاولى و ان سلّمناها آنفا الّا أنّ الثانية ممنوعة أشدّ المنع لعدم الدّليل عليها و الأصل ينفى اعتبار كون المسقط فعلا وجوديّا و ليت شعرى إذا غاب احد الطّرفين عن المجلس فما وجه مدخليّة بقاء الأخر فى بقاء الخيار و لعمرى انّ هذا القول أليق بمذهب العامّة القائلين بدوران الخيار مدار بقاء المجلس لإبقاء اجتماع المتعاملين فإنّه على ذلك القول يوجّه بقاء الخيار ببقاء غير المكره فى المجلس بانّ المدار على المجلس و غيبة أحدهما عنه إذا كان عن اكراه سقط عن الأثر فصار المدار فى بقاء الخيار على بقاء الأخر فى المجلس لكن فساد المبنىّ ظاهر فيفسد البناء

قوله طاب ثراه فى شرح قول والده لو حمل أحدهما و منع من التّخاير لم يسقط خياره على اشكال (- اه-)

هذه العبارة عبارة (- عد-) و قد جعل السيّد عميد الدّين (- ره-) منشأ الاشكال من حصول المفارقة المسقطة للخيار بقوله ما لم يفترقا و من كونه مكرها عليها فلا تكون صادرة منه فانّ الخبر اقتضى ثبوت الخيار لهما ما لم يتحقّق الافتراق المستند إليهما لدلالة قوله عليه السّلام ما لم يفترقا حيث أسند الافتراق المسقط إليهما انتهى

قوله طاب ثراه الّا انّه على كلّ حال صريح (- اه-)

قال الوالد الشّيخ العلّامة أنار اللّه برهانه انّ وجه صراحته انّه بنى الخلاف فى الثّابت على صدور فعل اختيارىّ منه و عدمه فكلّ من منع من ثبوت الخيار له التزم بالصّغرى و هو كون ثبوت الثّابت فعلا اختياريّا و كلّ من اثبت الخيار منع الصّغرى المذكورة الّتى هى كون ثبوت الثّابت فعلا اختياريّا فتوجّه الإثبات و النّفى من المثبتين و النّافين الى الصّغرى صريح فى تسليمهم الكبرى الكلّية خصوصا مع تعليله (- ره-) السّقوط فى ذيل الكلام بقوله لانّه مختار فى المفارقة إذ لو لا كون الكبرى مسلمة لم يكن للتعليل بذلك وجه و (- ح-) نقول انّه لو فرض انّ الباقى ذهب اختيارا لم يكن لأحد دعوى عدم كون الذّهاب اختياريّا و المفروض انّ إسقاط الافتراق الاختيارىّ من قبيل المسلّمات فيكون عدم سقوط خياره ممّا لا خلاف فيه انتهى كلامه أنار اللّه برهانه و أنت خبير بما فى دعوى صراحة عبارة الإيضاح فى عدم الخلاف فبسقوط الخيار بذهاب الباقى اختيارا من النّظر بل المنع فانّ الصّريح ما لا يحتمل الخلاف و عبارة الإيضاح غير ظاهرة فيما عزى اليه فضلا عن الصّراحة و توجيه الصّراحة بأنّه لو لا مسلّمية الكبرى لم يكن للتّعليل وجه كما صدر منه قدّس سره مدفوع بانّ التّعليل به كما يحتمل كونه لمسلّمية الكبرى عند الجميع فكذا يمكن كونه لقيام الدّليل عليها عنده و جعل المطالب الخلافية كبرى القضايا بعد تمام الدّليل عليها فى كلامهم غير عزيز

قوله طاب ثراه و ظاهره كظاهر عبارة القواعد انّ سقوط خياره لا ينفكّ عن سقوط خيار الأخر فينتفى القول المحكى عن الخلاف و الجواهر (- اه-)

قال والدى العلّامة أنار اللّه برهانه انّ هذه العبارة قد تضمّنت دعويين أوليهما انّ ظاهر كلام فخر المحقّقين (- ره-) هو انّ سقوط خياره لا ينفكّ عن سقوط خيار الأخر و هذه الدعوى لا شاهد عليها بل الوجدان شاهد بخلافها إذ ليس فى الكلام المذكور ما يمكن دعوى ظهوره فيما ذكر فالوجه ان يقال انّ ظهوره فى ذلك انّما هو بالتقرير و عدم الاعتراض على ما ذكره والده فى المتن الثّانية ما افاده بتفريع قوله ينتفى القول المحكى عن (- ف-) و الجواهر و هذه بحسب الظّاهر ممّا يتّجه عليه المنع لانّ ظهور كلامين من فقيهين فى حكم لا- يقضى بانتفاء خلافه من غيرهما و يمكن توجيهه بانّ مراده انّ ظاهر عبارة (- عد-) انّ عدم انفكاك سقوط خياره عن سقوط خيار الأخر انّما هو على الواقع و عند الجميع لا بحسب نظره وحده و مثله تقرير فخر المحقّقين (- ره-) و (- ح-) يكون تفريع انتفاء القول المذكور على ما ذكره فى محلّه

قوله طاب ثراه فتأمّل

وجه التّأمّل ما فى غاية الآمال من أنّه للإشارة الى ما سيأتى من احتمال انّ الشّيخ (- ره-) لعلّه أراد سقوط خيار التمكّن من التّخاير من حيث تمكّنه مع قطع النّظر عن حال الأخر فلا ينافى سقوط خيار الأخر من أجل التّلازم بين الخيارين من حيث اتّحادهما فى الغاية

قوله طاب ثراه بل حكى هذا القول عن ظاهر (- كرة-) أو صريحها و فيه تأمّل

الحاكى هو السيّد العماد السيد محمّد جواد العاملى فى مفتاح الكرامة و الموجود فى (- كرة-) هكذا لو أكرها على التفرّق و ترك التخاير لم يسقط خيار المجلس و كان الخيار باقيا الّا ان يوجد منه ما يدلّ على الرّضا باللّزوم و هو أظهر الطّريقين عند الشّافعيّة و الثّانى انّ فى انقطاعه وجهين كالقولين فى صورة الموت و هذا اولى ببقاء الخيار لأنّ إبطال حقّه قهرا مع بقائه بعيد و كذا لو حمل احد المتعاقدين و اخرج عن المجلس مكرها و منع من الفسخ بان يسدّفوه مثلا- انتهى و لعلّ وجه تأمّل الماتن (- ره-) انّ دلالته على ما فهمه الحاكى مبتيّة على ان يكون المراد بقوله و كذا لو حمل احد المتعاقدين انّه لا يسقط خياره وحده فيبقى خيار الأخر و امّا لو كان المراد انّه لا- يسقط الخيار أصلا من شىء من الطّرفين كما لو أكرها جميعا كما لعلّه الأقرب الى التشبيه فإنّه لا يفيد ما فهمه الحاكى فتدبّر

قوله طاب ثراه للأصل

أراد بذلك استصحاب الخيار بعد الشكّ فى ارتفاعه بمفارقة أحدهما عن (- كرة-) و يرده ما مرّ فى حجّة القول الأوّل من إطلاق النصّ

قوله طاب ثراه و تبادر تقيّده بكونه عن رضا كليهما ممنوع (- اه-)

وجه المنع ظاهر و الّا للزم عدم سقوط الخيار بافتراق أحدهما الأخر مختارا مع كراهة الأخر للزوم العقد من دون مكره كما لو بنى أحدهما على الفسخ و قبل إنشائه الفسخ مشى الأخر خطوات فانّ لازم دعوى تبادر رضاهما بالبيع حين التفرّق عدم سقوط الخيار (- ح-) و لا أظنّ أنّ متّفقها يلتزم بذلك فضلا عن الفقيه اللبيب

قوله طاب ثراه جعل مجرّد مشيه سببا (- اه-)

(١١) قد يناقش

ص: ۴۳

فى ذلك بانّ مورد الخبر ما إذا مشى المختار و بقى الأخر الّذى لا اثر لفعله من باب الغفلة و من البين صدق الافتراق عرفا بالمشى مختارا بخلاف البقاء فمورد الخبر عكس المفروض و جعله مجرّد مشيه سببا مسلّم الّا انّ مشيه كان مشى مختار لا مكره فتدبّر

قوله طاب ثراه الّا انّ ظهور الرّواية فى عدم (- اه-)

لا يخفى عليك انّه على ما اسبقناه من عدم تماميّة دلالة ما فى صحيح الفضيل لا حاجة لنا الى جعل ما ذكر من إطلاق الأخبار الحاكية لفعله عليه السّلام معارضا له كى يحتاج الى المرجّح

قوله طاب ثراه مثل ما إذا مات أحدهما و فارق الأخر اختيارا (- اه-)

قال والدى العلّامة أنار اللّه تعالى برهانه انّ هذه المسئلة غير المسئلة الّتى تأمّل فيها جماعة منهم العلّامة (- ره-) و هى انّه هل يسقط الخيار بموت أحدهما فى المجلس فانّ تلك المسئلة مفروضة فيما إذا كان الأخر باقيا فى المجلس مع بدن الميّت و هذه فيما إذا فارق الأخر جسد الميّت فكلّ منهما مقيّدة بقيد مناقض لقيد الأخرى

قوله طاب ثراه مع تأيّد ذلك بنقل الإجماع عن السيّد عميد الدّين (- اه-)

قال والدى (- قدّه-) انّ المشار اليه باسم الإشارة هو سقوط الخيارين بمفارقة أحدهما اختيارا و الإجماع المنقول عبارة عن الاتّفاق الواقع دعواه فى ذيل العبارة الّتى حكيناها عن السيّد المتقدّم ذكره فى طيّ ما علّقناه على قول (- المصنف-) سقوط خيارهما كما عن ظاهر المحقّق (- ره-)

قوله طاب ثراه فتأمّل

لعلّ وجه التأمّل هو الإشارة إلى إمكان كون الغاية الّتى هى افتراقهما غاية لكون البيعين بالخيار على وجه التوزيع بان يكون افتراق كلّ منهما غاية لخياره فقط دون صاحبه و (- ح-) فلا يبقى وجه لقوله انّ الغاية إن حصلت سقط الخياران و الّا بقيا لابتنائه على كون مجموع افتراقهما غاية لمجموع خيارهما كما أفاد ذلك الشّيخ الوالد قدّس سرّه

قوله طاب ثراه مع انّ شمول عبارته لبعض الصّور الّتى لا يختصّ (- اه-)

أراد ببعض الصّور ما إذا كان غير المتمكّن قد فوّض أمر خياره قبل حصول عدم التمكّن الى صاحبه فأكره على الافتراق على وجه يتمكّن من الفسخ و التّخاير فلم يفعل فإنّه يبطل خياره و خيار غير المتمكّن الّذى فوّض خياره اليه فلم يختصّ بطلان الخيار بالمتمكّن كما نبّه على ذلك والدى العلّامة أنار اللّه برهانه

[مسألة لو زال الإكراه فالمحكى عن الشيخ و جماعة امتداد الخيار بامتداد المجلس]

قوله طاب ثراه فالمحكى عن الشّيخ و جماعة (- اه-)

اختار الشّيخ (- ره-) ذلك فى (- ط-) و اختاره العلّامة فى محكى (- ير-) و ثانى الشّهيدين فى (- الروضة-)

قوله طاب ثراه لانّ الافتراق (- اه-)

قد يتمسّك بوجه أخر و هو انّ الخيار يثبت بزوال الإكراه باعتراف الخصم فيستصحب الخيار الى انقضاء مجلس زوال الإكراه و هذا الاستصحاب حاكم على أصالة اللّزوم الّا ان يناقش بانّ الشكّ فيه فى المقتضى من حيث الشكّ فى قابليّة الخيار الثابت حين زوال الإكراه للبقاء فيبنى على القول بحجيّة الاستصحاب عند الشكّ فى المقتضى فتأمّل

قوله طاب ثراه و لم يجعل مجلس زوال الإكراه بمنزلة مجلس العقد

أراد انّه لم يرد فى الأدلّة الشّرعيّة ما يدلّ على التنزيل المذكور حتّى يستفاد من عموم المنزلة كون الخيار فيه (- أيضا-) بالافتراق

قوله طاب ثراه كما عن (- كرة-) (- اه-)

لم أجد فى (- كرة-) التّصريح بذلك الّا ان تكون النّسبة لقياسه على موت احد المتبايعين و انتقال الخيار إلى الورثة كما يظهر ذلك من سيّدنا فى مفتاح الكرامة حيث قال و فى (- كرة-) انّه على الفور فى مسئلة ما إذا مات احد المتبايعين و يظهر منه انّ هذه من سنخ تلك فيكون الفور (- ح-) مذهب ولده فى الإيضاح و الشّهيد فى حواشى الكتاب و المحقّق الثّانى فى (- مع صد-) انتهى لكن فى نسبة الفتوى الى شخص على وجه الجزم قياسا على تصريحه بما يزعم مماثلته إيّاه كما ترى

قوله طاب ثراه و لعلّه لأنّه المقدار الثّابت يقينا

و الأخذ بالمتيقّن فى الخروج عن أصالة اللّزوم لازم و لكن قد يجاب بانّ وضع هذا الخيار ليس على الفور بل على التّراخى فتأمّل و ربّما استدلّ لهذا القول بوجهين اخرين أحدهما انّ شرع الخيار انّما هو للإرفاق و دفع الضّرر و لا ريب فى حصول الغرض بالخيار انا ما و فيه أوّلا انّه حكمة لا حجّة فيها و ثانيا انّ وضع هذا الخيار على السّعة فى الزّمان فتأمّل الثّانى صدق الافتراق القاضى بالسّقوط على الافتراق كرها و انّما خرجنا عن إطلاق ما دلّ على سقوط الخيار بالافتراق بالإجماع على عدم السّقوط بالافتراق عن (- كرة-) و هو دليل لبّى يؤخذ منه بالقدر المتيقّن فيرجع فى غيره إلى إطلاق السّقوط بالافتراق و فيه أوّلا منع صدق دعوى الافتراق على الافتراق عن اكراه و ثانيا انّ الاستناد فى عدم سقوط الخيار بالافتراق عن كره إلى الإجماع لا وجه له لأنّه ان أراد المحصل فلا (- يخلو-) من خفاء و ان أراد المنقول كان اللّازم عليه التعلّق بإطلاقه و ثالثا انّ رجوعه فى غير مورد الإجماع إلى الإطلاق محلّ تأمّل لأنّ إطلاق ما دلّ على السّقوط بالافتراق يقتضى سقوط الخيار بمجرّد ارتفاع الإكراه لا ثبوته انا ما ثمّ سقوطه فإنّه إذا اعترف بالسّقوط انا ما كان المرجع استصحاب الخيار الحاكم على أصالة اللّزوم و بالجملة فالوجه المذكور من الأدلّة الّتى إذا أصلح أوّلها فسد أخرها و إذا أصلح أخرها فسد أوّلها فإنّه ان ادّعى صدق الافتراق على الافتراق عن كره لزمه إسقاط الخيار به للإطلاق و لا ينفع الإجماع فى تقييده بعد استناد المجمعين الى منع صدق الافتراق المحمول عليه إيراثه سقوط الخيار على الافتراق عن كره و الّذى يخطر بالبال القاصر هو التّفصيل فى المسئلة بين ما لو زال الإكراه فى حال اجتماعهما و بين ما لو زال فى حال غيبة أحدهما عن الأخر يعود الخيار على الأوّل الى ان يتفرّقا بعد ذلك اختيارا و عدم عوده على الثّانى قلنا هنا دعاوى ثلث الاولى عود الخيار لو زال الإكراه فى حال اجتماعهما و الوجه فى ذلك ظاهر لانّ الشّارع قد أسقط الافتراق عن كره عن الاعتبار فاذا زال الإكراه و هما مصطحبان عاد كما لو ناما فى محلّهما ثمّ استيقظا و بعبارة أخرى الافتراق عن كره غير مسقط للخيار شرعا فاذا زال الإكراه استصحب الخيار الثّانية انّ المدار بعد ذلك على افتراق أحدهما عن الأخر دون مفارقتهما مجلس زوال الإكراه و تظهر الثمرة فيما لو فارقا مجلس زوال الإكراه و مشيا مصطحبين فانّ الخيار لا يسقط على ما قلناه و يسقط على القول الأخر و الوجه فى هذه الدّعوى (- أيضا-) ظاهر امّا انّ المدار على افتراق أحدهما عن الأخر فلإطلاق ما دلّ على بقاء الخيار الى ذلك الوقت و امّا انّ المدار ليس على مفارقتهما المجلس فلعدم الدّليل عليه بل الدّليل و هو الإطلاق المشار اليه على خلافه واضح السّبيل فانّ المدار فى هذا الخيار ليس على مفارقة المجلس كما زعمه بعض العامّة لقياس مجلس زوال الإكراه على مجلس الخيار بل المدار على مفارقة أحدهما الأخر كما لا يخفى الثّالثة عدم ثبوت الخيار لو زال الإكراه و هما غير مجتمعين و الوجه فى ذلك ظاهر (- أيضا-) إذ بعد فرض كون الافتراق كرها لغوا غير ذى أثر كان الافتراق الموجود بينهما حال زوال الإكراه كافيا فى إسقاط الخيار فكأنّه لا استعداد للموضوع لبقاء الخيار فيه و ما ذكر من حجّة القول الثّانى لا يفيد عند التأمّل ثبوت الخيار عند اجتماعهما حال زوال الإكراه و امّا الاستصحاب فلانقطاعه بإطلاق ما دلّ على

ص: ۴۴

سقوط الخيار بالافتراق كما لا يخفى

مسألة و من مسقطات هذا خيار المجلس التصرّف

قوله طاب ثراه ذكره الشيخ (- ره-) فى (- ط-) (- اه-)

قد ذكر ذلك فى (- ف-) (- أيضا-) حيث قال إذا وطأ فى مدّة الخيار لم يكن مأثوما و لحق به الولد و كان حرّا و لزم العقد من جهته الى ان قال دليلنا إجماع الفرقة على انّ المشترى متى تصرّف فى المبيع بطل خياره انتهى فإنّ إطلاقه المشترى و المبيع و الخيار يقضى بشمول مقاله و إجماعه للفرض

قوله طاب ثراه و العلّامة فى (- كرة-) (- اه-)

قد ذكر ذلك فى (- عد-) و (- ير-) (- أيضا-) و تبعه ولده فى الإيضاح و الفاضل المقدار فى التنقيح و ثانى الشهيدين فى (- لك-) و غيرهم

قوله طاب ثراه و لعلّه لدلالة التعليل (- اه-)

أراد بذلك قوله عليه السّلام فذلك رضا منه فى صحيح ابن رئاب عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال الشّرط فى الحيوان ثلثة أيّام للمشترى اشترط أم لم يشترط فإن أحدث المشترى فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة الأيّام فذلك رضا منه فلا شرط قيل له و ما الحدث قال ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشّراء دلّ بعموم التّعليل على سقوط الخيار بكلّ ما دلّ على الرّضا فيسرى إلى خيار المجلس (- أيضا-) كما يسرى الى البائع (- أيضا-) فيسقط خياره أيضا بإيجاد ما يدلّ على الرّضا و التصرّف دالّ عليه قطعا فيوجب السّقوط بالنّسبة إليهما إن كان منهما و الى المتصرّف إن كان من أحدهما بل ربّما سرّى بعضهم ذلك الى تصرّف البائع فى المبيع و المشترى فى الثّمن فأفتى بدلالتهما على الفسخ و لا بأس به بعد الأخذ بالعلّة و ادارة الحكم مدار الكشف عن الرّضا الّا ان يناقش فى الصّغرى أعنى دلالة التصرّف على الرّضا و الفسخ بالمنع منها و من إطلاقها فتأمّل

قوله طاب ثراه فتأمّل

استظهر الشيخ الوالد قدّس سرّه كون الأمر بالتأمّل للإشارة إلى أن المنفىّ الّذى هو الشّرط المذكور ليس قابلا لشمول شرط المجلس إذ ليس المراد بقوله ما اشترى الّا الحيوان بدلالة ما قبله و ما بعده فلا يكون المراد بالشرط المنفىّ إلّا خيار الحيوان ثمّ قال قدّس سرّه الّا ان يقال انّ المراد بما اشترى و إن كان هو الحيوان الّا انّ الشّرط فى الحيوان لا يختصّ بشرطه المختصّ به الغير الجارى فى غيره فيشمل سائر الشّروط المشتركة بين غيره و بينه و منها خيار المجلس و إذا سقط خيار المجلس فى الحيوان سقط فى غيره بعدم القول بالفصل أو يقال انّه يستفاد منه انّ المناط انّما هو الرّضا المستكشف عنه بالتصرّف فيقال انّ المناط المدلول عليه بالخبر موجود فى خيار المجلس (- أيضا-)

الثانى خيار الحيوان

اشارة

قوله طاب ثراه لا خلاف بين الإماميّة (- اه-)

قد جزم بعدم الخلاف فيه جمع و استظهر عدم الخلاف فيه فى مجمع الفائدة و ادّعى الإجماع عليه فى (- ف-) و (- ئر-) و الانتصار و (- كرة-) و غاية المراد و التنقيح و المهذّب البارع و المصابيح و الجواهر و المستند و خيارات الفقيه الغروىّ و هداية الأنام و

محكى كشف الرّموز و غيرها بل فى الجواهر انّه فى الجملة ضرورىّ بين علماء المذهب و الأصل فى ذلك النّصوص المستفيضة المدّعى تواترها فى (- كرة-) فمنها صحيح محمّد بن مسلم و خبر علىّ بن أسباط المزبوران فى خيار المجلس و منها الصّحيح الّذى رواه الشّيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن ابن ابى عمير عن حمّاد عن الحلبى عن ابى عبد اللّه عليه السّلام قال فى الحيوان كلّه شرط ثلثة أيّام للمشترى و هو بالخيار فيها ان شرط أو لم يشترط و منها الموثّق الّذى رواه هو (- ره-) بإسناده عن ابن سعيد عن الحسن بن علىّ بن فضّال قال سمعت أبا الحسن موسى الرّضا عليه السّلام يقول صاحب الحيوان المشترى بالخيار ثلثة أيّام و منها الصّحيح الّذى رواه هو (- ره-) بإسناده عنه عن صفوان عن أبى أيّوب عن محمّد بن مسلم عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال المتبايعان بالخيار ثلثة أيّام فى الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتّى يفترقا و منها الصّحيح الّذى رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن محمّد بن يحيى عن احمد بن محمّد عن ابن محبوب عن جميل عن فضيل عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال قلت له ما الشّرط فى الحيوان قال ثلثة أيّام للمشترى الحديث و منها الصّحيح الّذى رواه هو (- ره-) عن علىّ بن إبراهيم عن أبيه عن ابن ابى عمير عن جميل و ابن بكير جميعا عن زرارة عن ابى جعفر عليه السّلام قال سمعته يقول قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله البيّعان بالخيار حتّى يفترقا و صاحب الحيوان ثلث و منها الصّحيح الّذى رواه عبد اللّه بن جعفر الحميرى فى محكى قرب الإسناد عن احمد و عبد اللّه ابنى محمّد بن عيسى عن الحسن بن محبوب عن علىّ بن رئاب قال سألت أبا عبد اللّه سلام اللّه عليه قال سئلت أبا جعفر عليه السّلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار للمشترى أو للبائع أو لهما كلاهما فقال الخيار لمن اشترى ثلثة أيّام نظرة فاذا مضت ثلثة أيّام فقد وجب الشّراء الى غير ذلك من الأخبار الاتية فى فروع المسئلة (- إن شاء الله-) (- تعالى-)

قوله طاب ثراه و ظاهر النصّ و الفتوى العموم لكلّ ذى حيوة (- اه-)

صغير بالذّات أو بالوصف كالجراد و دود القزّ و زنبور العسل و العلق و نحوها أو كبيرا كالدّواب و الأنعام و غيرها ناطقا كالإماء و العبيد أو غيره إنسيّا أو وحشيّا برّيا أو بحريّا و ان خرج من الماء لما أشار إليه (- قدّه-) من إطلاق النّصوص و الفتاوى بل فى الأخبار ما هو صريح فى العموم مثل صحيح الحلبى حيث أكّد فيه الحيوان بلفظ كلّ الّذى هو من ألفاظ العموم

قوله طاب ثراه لانّه لا يباع من حينه (- اه-)

مضافا الى انّ ثبوت الخيار فى الثّلثة انّما يطلق على ماله استعداد البقاء ثلثة أيام فى العادة و السّمك المخرج من الماء ليس (- كك-) فيكون خارجا عن منصرف الأخبار

قوله طاب ثراه و يشكل فيما صار (- كك-) (- اه-)

لا وجه لهذا الإشكال بعد انصراف غيره من نصوص الخيار فتبقى أصالة اللّزوم محكمة فى مثل ذلك

قوله طاب ثراه و فى منتهى خياره مع عدم بقائه إلى الثّلثة وجوه (- اه-)

احد الوجوه فوريّة الخيار الثّانى امتداده الى الموت الثالث بقائه فيما بعد الموت الى الثّلثة أو الى ان ينتن فيخرج عن الماليّة أو يحدث فيه نقص فى ماليّته بان يجعل المنتهى أقرب الأجلين منهما و الوجه فى ذلك انّه ان لم يكن مندرجا فى نصوص خيار الحيوان لم يكن لأصل الخيار وجه لعدم الدّليل عليه و إن كان مندرجا لزم امتداده الى الثّلثة ان بقى حيّا أو مات و لم يخرج من الماليّة و امّا إذا مات قبل الثلاثة و خرج عن الماليّة بحيث عدّ تلفا فمقتضى قاعدة كون التّلف فى الثّلثة من البائع دون المشترى بمعنى انفساخ العقد قبل التّلف انا ما كما يأتى تحقيقه فى أحكام الخيار (- إن شاء الله-) (- تعالى-) هو سقوط الخيار و انفساخ العقد فالوجه الأوّل و الثانى ساقطان جزما و لا وجه لعدهما وجها فتدبّر جيّدا

قوله طاب ثراه ثمّ انه هل يختصّ هذا الخيار بالمبيع المعين (- اه-)

قد أهمل الماتن (- ره-) التّصريح بجملة من فروع خيار الحيوان و احكامه و لا بدّ لنا من الإشارة إليها الأوّل انّه لا فرق فى ثبوت الخيار المذكور ثلثة أيّام بين ان يكون بالحيوان علّة أم لا لإطلاق النصّ و الفتوى و امّا ما يظهر منه الاختصاص بما فيه علّة مثل

الصّحيح الذى رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن محمّد بن يحيى عن احمد بن محمّد عن الوشاء عن عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه سلام اللّه عليه قال عهدة البيع فى الرّقيق ثلثة أيّام إن كان بها حبل أو برص أو نحو هذا و عهدته سنة من الجنون فما بعد السّنة فليس بشىء حيث دلّ بمفهوم الشّرط على الاختصاص بصورة الحبل أو البرص أو نحوه فلا عبرة به و لا قائل

ص: ۴۵

بمضمونه بل يمكن منع أصل الدّلالة نظرا إلى انّه عليه السّلام لم يكن بصدد بيان الخيار بل أراد بيان كون ضمان المبيع على البائع و ذلك لا يفيد عدم ثبوت الخيار فى الثلاثة إذا لم يكن برص و لا نحوه كما لا يخفى الثّانى انّ ظاهر النصّ و الفتوى انّما هو تمام الحيوان فلو اشترى نصفه أو ثلثه أو ربعه أو الرأس أو اليد أو الرّجل كما هو المتعارف فى أطراف عراق العرب فالأظهر عدم ثبوت خيار الحيوان لأصالة اللّزوم بعد الشكّ فى اندراجه تحت الأدلّة و يحتمل الثّبوت لإطلاق الدّليل نظرا الى صدق بيع الحيوان عليه عرفا و لو مجازا لعلاقة الجزء و الكلّ مضافا الى عموم الحكمة فتأمّل نعم لو اشتركا فى شراء حيوان بأجمعه ثبت لهما الخيار على وجه اشتراكهما فيه فلا تذهل الثّالث انّه لا فرق بين كون الحيوان مبيعا مستقلّا أو منضمّا الى غيره للصّدق عرفا على وجه الحقيقة فيحكّم أصالة الإطلاق على أصالة اللّزوم و ما يقال من انّ ثبوت هذا الخيار على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقّن و المركّب من الدّاخل و الخارج خارج لا وجه له ضرورة انّ قاعدة الاقتصار لا تجرى فى قبال أصالة الإطلاق و خروج المركّب من الدّاخل و الخارج لا عبرة به بل العبرة بصدق مشترى الحيوان عليه و المفروض وجوده ثمّ انّه على القول بثبوت الخيار فقد قال الفقيه الغروىّ (- ره-) انّه ليس له الفسخ فى الحيوان فقط بل امّا ان يفسخ فى الكلّ أو بمضىّ الكلّ قلت هذا على إطلاقه غير مستقيم و لا واضح لأنّه إذا كان عين قيمة كلّ من الحيوان و الضّميمة فى البيع فما المانع من الفسخ فى الحيوان خاصّة بل لا مانع من الفسخ حتّى مع عدم تعيين قيمة كلّ منهما بل باعها صفقة بقيمة معيّنة من غير تعيين ما قابل كلّا منهما غاية هناك انّه إذا فسخ فى صورة عدم تعيين ثمن كلّ منهما قوّم كلّ منهما على حدة و قسّط الثّمن عليهما بالنّسبة و استردّ بمقدار قيمة الحيوان من الثّمن بالنّسبة و لا مانع من الفسخ بوجه بل يمكن ان يقال انّ اختصاص الخيار بالحيوان يقتضى عدم جواز الفسخ فى الضّميمة لكون البيع بالنّسبة إليها لازما و الجواز انّما هو بالنّسبة إلى الحيوان كما لا يخفى و التعلّق فى المنع من الفسخ فى البعض بلزوم الضّرر بالتّبعيض لا وجه له فانّ ذلك فى غير الخيار الّذى مستنده الضّرر لا (- يخلو-) من اشكال لتعليلهم فيه بانّ الضّرر لا يجبر بمثله و كذا لا وجه للتعلّق بانّ الفسخ عائد إلى العقد و العقد واحد فلا يتبعّض و باب التّبعّض للصّفقة ليس فسخا لبعض العقد بل هو انفساخ من الأصل أو شىء قضى به الدّليل و وجه السّقوط انّ العقد و ان اتّحد لكنّه لتعدّد المبيع ينحلّ الى عقود متعدّدة الا ترى الى جواز الإقالة بالنّسبة إلى البعض و ليس ذلك إلّا لأنّ العقد كصيغة الأمر يقع الامتثال ببعض أفراد المأمور به دون البعض و انّ العقد له تأثيرات متعددة فيرتفع البعض و يبقى الباقى فتأمّل ثمّ على القول بعدم جواز الفسخ إلّا فى الكلّ لو فسخ فى البعض فهل يصير فسخه لغوا أو يكون فسخا فى الكلّ وجهان من انّه فسخ على وجه غير جائز و الانفساخ فى الكلّ غير مقصود فيقع لاغيا و من انّ ذلك فسخ صدر من كامل فلا يلغو فتأمّل الرّابع انّه لا فرق فى ثبوت الخيار المذكور بين ان يشترط فى ضمن العقد ثبوته أو لم يشترط لإطلاق النصّ و الفتوى و تصريح جماعة كثيرة به بل وقع التّنصيص عليه فى جملة من نصوص المسئلة و معاقد اجماعاتها كصحيح الحلبى المتقدّم و إجماع (- ف-) و (- ئر-) و الانتصار و غيرها مضافا الى انّ شرط الخيار لا يختصّ جوازه بالحيوان و لا بثلاثة أيّام فاختيار بيان ثبوت الخيار فى الحيوان ثلثة أيّام يدلّ على انّ موردها ما لو لم يشترط و امّا مع الشّرط فقد يثبت أزيد من ثلثة أيّام فى الحيوان و غيره ان شرط ذلك و قد لا يثبت حتّى فى الحيوان إذا شرط سقوطه الخامس انّ الكلام فى ثبوت الخيار هنا للوكيل و الموكّل أو لهما هو الكلام فى ذلك فى خيار المجلس و كذا الكلام فى سقوط الخيار فيما لو اشترى من ينعتق عليه فراجع ما هناك يظهر لك ما هنا

قوله طاب ثراه كما عن (- كرة-) (- اه-)

قال فى (- كرة-) بعد الاستدلال بالأخبار ما لفظه و لانّ العيب فى الحيوان قد يثبت خفيّا غالبا و فى الثلاثة يختبر و يظهر أثره فوجب ان يكون مشروعا دفعا للضّرر و لانّه يثبت فى الشّاة المصراة فكذا فى غيرها لانّ المناط هو ظهور العيب الخفىّ و لانّ الحيوان يغتذى و يأكل فى حالتى صحّته و سقمه و يتحوّل طبعه قلما ينفكّ عن عيب خفىّ أو ظاهر فيحتاج إلى إثبات الخيار لينـدفع عنه هذا المحذور انتهى

قوله طاب ثراه نعم يظهر من بعض المعاصرين الأوّل و لعلّه الأقوى

لم افهم المراد بهذا البعض و كلام صاحبى المقابيس و الجواهر خال من ذلك ثمّ انّ فى تقوية الوجه الأوّل مع جعله الثّانى هو المترائى من النصّ و الفتوى ما لا يخفى و التعلّق للاوّل بالحكمة المزبورة لا وجه له لعدم اطّرادها مع انّها هنا غير معلومة لإمكان كون الحكمة تباصر المشترى حتّى يعلم موافقة البيع لمصلحته أم لا فتدبّر

مسألة المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشترى

قوله طاب ثراه المشهور اختصاص (- اه-)

قد سبقه فى وصف هذا القول بالشّهرة فى غاية المراد و (- س-) و التّنقيح و (- مع صد-) و (- الروضة-) و (- لك-) و مجمع الفائدة و المصابيح و كشف الظلام و الجواهر و خيارات الفقيه الغروىّ و غيرها و فى الرّياض و المستند انّه الأشهر و فى كشف الظلام انّ عليه الأكثر

قوله طاب ثراه حكى عن الشّيخين (- اه-)

هذا هو خيرة (- يه-) و (- ط-) و (- ئر-) و الغنية و (- يع-) و (- فع-) و (- كرة-) و (- عد-) و (- شاد-) و الإيضاح و اللّمعة و التنقيح و (- مع صد-) و مجمع الفائدة و الكفاية و الوسائل و الهداية و الرّياض و (- ئق-) و المصابيح و محكى المقنعة و المراسم و الوسيلة و (- ير-) و فقه القرآن للرّاوندى و كشف الرّموز و التّبصرة و (- لف-) و شرح (- شاد-) للفخر و تعليق (- شاد-) للكركى و إيضاح (- فع-) القطيفى و الميسيّة و (- س-) و غيرها و هو المحكى عن ابى يعلى القاضى (- أيضا-)

قوله طاب ثراه و الشاميين الخمسة (- اه-)

قد اصطلحوا على التّعبير بالشّاميين بالتثنية عن الحلبى و القاضى و بالشّاميين الثلاثة عنهما مع الشّهيد و بالأربعة عنهم مع الكركى و بالخمسة عنهم مع الشهيد الثّانى و بالستّة عنهم مع ابى الحسن صاحب المدارك و بالسّبعة عنهم مع صاحب المعالم و بالثمانية عنهم مع العلائى ابن الكركى و بالتّسعة عنهم مع البهائى و بالعشرة عنهم مع الشيخ حسين والد البهائى و بالأحد عشر عنهم مع الميسى و بالاثنى عشر عنهم مع الشّيخ محمّد بن صاحب المعالم فاحفظ هذه الاصطلاحات تنفعك

قوله طاب ثراه و بالحلبيّين

قد تضمّنت النّسخة المصحّحة كلمة الحلبيّين بالباء الموحّدة و لكن يبعده عدم قيام الاصطلاح فى الحلبى بلفظ الجمع و انّما اصطلحوا بلفظ تثنية عن ابى الصّلاح و ابن زهرة و يبعّد كون العبارة هنا بالباء الموحّدة انّ أبا الصّلاح من جملة الشّاميّين الخمسة المشار إليهم فإذا أريد بالحلبيّين السّتة هو و ابن زهرة و أربعة اخرون لزم التكرار و انّما اصطلحوا فى الحلّى بصيغة الجمع فيطلق الحلّيان على ابن إدريس و المحقّق و الحلّيون الثّلثة عليهما مع العلامة و الأربعة عليهم مع الفخر و الخمسة عليهم مع ابن سعيد و السّتّة عليهم مع السيورى المقداد و السّبعة عليهم مع ابى العبّاس بن فهد و الثّمانية عليهم مع ابن القطّان و التّسعة عليهم مع العميدى و العشرة عليهم مع والد العلّامة و الأحد عشر هم مع ابن طاوس و الاثنى

ص: ۴۶

عشر عليهم مع ابن سعيد الأكبر جدّ المحقّق

قوله طاب ثراه و عن الغنية و ظاهر (- س-) الإجماع عليه (- اه-)

قال في الغنية و يثبت خيار الثّلث في الحيوان بإطلاق العقد للمشترى خاصّة من غير شرط و في الأمة مدّة استبرائها بدليل الإجماع المتكرّر انتهى و قال في (- س-) ثالثها خيار الحيوان و هو ثلثة أيّام من حين العقد أو التفرّق للمشترى خاصّة و قال المرتضى لهما و الرّواية صحيحة إلّا أنّ الشهرة رواية و فتوى بل الإجماع يعارضها انتهى و قد ادّعى الإجماع في المصابيح و مفتاح الكرامة و كشف الظّلام و المستند (- أيضا-) و لكنّه كما ترى

قوله طاب ثراه لعموم قوله عليه السّلام إذ افترقا وجب البيع (- اه-)

قد وقع الاستدلال في كلماتهم للقول بالاختصاص بوجوه أشار الماتن (- ره-) بهذه العبارة و ما بعدها الى وجوه ثلث منها الرّابع انّ الأصل في البيع اللّزوم على ما مرّ خرج منه المشترى بعد مفارقته البائع إذا كان المبيع حيوانا بالاتّفاق و الإجماع فيبقى العقد بالنّسبة إلى البائع فيما بعد الافتراق على أصالة اللّزوم و من البين إمكان لزوم العقد من جهة و جوازه من جهة أخرى قلت التمسّك بالأصل إنّما يتّجه بعد ابطال النصّ الدّال على ثبوت الخيار للبائع (- أيضا-) الى الثّلثة و الّا كان هو المرجع دون الأصل الخامس ما تمسّك به صاحب (- ئق-) و بعض من تأخّر عنه من عدّة اخبار مثل الصّحيح الّذى رواه ثقة الإسلام عن سهل بن زياد و احمد بن محمّد جميعا عن ابن محبوب عن ابن سنان يعنى عبد اللّه قال سألت أبا عبد اللّه عليه صلوات اللّه و سلامه عن الرّجل يشترى الدابّة و العبد و يشترط الى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدّابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك فقال على البائع حتّى ينقضى الشّرط ثلثة أيّام و يصير المبيع للمشترى و مثله غيره ممّا بمضمونه و في دلالته نظر ظاهر ضرورة انّ غاية ما يدلّ عليه الخبر و ما ادّى مؤدّاه انّما هو كون تلف المبيع في زمان الخيار من مال البائع و لا دلالة فيه على ثبوت الخيار للبائع (- أيضا-) بشيء من الدّلالات الثّلث لانّ ضمان البائع كما يجامع ثبوت الخيار لهما فكذا يجامع ثبوته للمشترى خاصّة كما لا يخفى السّادس ما جعله في (- ئق-) مؤيّدا و بعض من تأخّر عنه دليلا من انّ الظّاهر انّ الحكمة في هذا الخيار انّ الحيوان مظنّة العيوب و هى قد تخفى كثيرا و لا تظهر غالبا و أيضا قد تتعلّق به أغراض لا يمكن الاطّلاع عليها الّا بالاختيار و مرور الأيّام فضرب الشّارع للمشترى هذه المدّة لإمكان ظهور العيب حتّى يفسخ فيها و هذه الحكمة لا يظهر وجهها بالنسبة إلى البائع المطّلع على عيوب حيوانه فلا يكون الخيار مشروعا في حقّه لانتفاء وجه الحكمة فيه و أنت خبير بأنّه اعتبار و استنباط للعلّة و لا حجّة فيه كما لا يخفى

قوله طاب ثراه منها صحيحة الفضيل (- اه-)

وجه الدّلالة انّ اللّام فيه للاختصاص و تخصيص المشترى بالذكر يقضى بقصر الخيار عليه مضافا الى مقابلته الثّلثة للمشترى بالمجلس للبيعين جميعا

قوله طاب ثراه و نحوها صحيحة الحلبى (- اه-)

وجه الدّلالة ظهور اللّام في الاختصاص و الوصف في التقييد للفرق الظّاهر بين قولنا المشترى بالخيار و قولنا الخيار للمشترى و مثله في السّائمة زكاة و الزكاة في السّائمة و يؤكّد ذلك افراد الضّمير في قوله عليه السّلام بعد ذلك و هو بالخيار فيها

قوله طاب ثراه و أظهر من الكلّ صحيحة ابن رئاب (- اه-)

و مثلها في الدلالة ما رواه الرّاوندى في محكى فقه القران قال و عن فضيل قلت لابيعبد اللّه سلام اللّه عليه ما الشرط في الحيوان قال ثلاثة أيّام شرط ذلك في حال العقد أو لم يشترط و يكون الخيار للمبتاع خاصّة قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار بعد الرّضا منهما الّا ان يشترطا إلى مدّة معيّنة لكن المروىّ في الكافى و (- يب-) عن فضيل خلاف ذلك كما مرّ و ان قيل انّه لا ضير في ذلك لانّ الرّاوندى من القدماء فيكون أخذه من الأصول القديمة

قوله طاب ثراه و عن سيّدنا المرتضى (- اه-)

اختار السيّد ذلك فى الانتصار و ابن طاوس فى محكى البشرى و فى (- لك-) انّه فى غاية القوّة و مال إليه فى (- الروضة-) و الكاشانى فى المفاتيح و هو الّذى يقتضيه إطلاق عبارة (- ف-) المزبورة الّا ان يناقش بما فى مفتاح الكرامة أخذا من المصابيح من استظهار انّ غرضه إثبات أصل الخيار ردّا على العامّة و انّما احتجّ بالإجماع على ذلك دون العموم لتصريحه فى (- يه-) و (- ط-) باختصاص المشترى به فليس الشيخ (- ره-) فى (- ف-) موافقا لهما كما قد يتوهّم و لا أبو الصّلاح فى الكافى لأنّه صرّح فيه بضمان البائع له على انّه لم يحكه احد عنه انتهى ما فى المفتاح

قوله طاب ثراه لأصالة جواز العقد (- اه-)

يعنى انّ العقد كان جائزا ما داما كانا فى المجلس فيستصحب اللّزوم بالنّسبة إليهما جميعا الى ثلثة أيّام و فيه من السّقوط ما لا يخفى إذ بعد اختصاص دليل الجواز بما إذا كانا باقيين على الاجتماع و التّصريح بلزوم العقد إذا افترقا لم يكن للاستصحاب مجرى

قوله طاب ثراه و لصحيحة محمّد بن مسلم (- اه-)

قد يستدلّ بصحيحة محمد بن مسلم الأخر و صحيح زرارة المتقدّمين المتضمّنين لقوله عليه السّلام صاحب الحيوان بالخيار ثلثة أيّام بعد الجمع بينهما و بين الثبوت للمشترى حيث انّ الجمع يقتضى الثبوت لهما و فيه انّ المراد بالصّاحب فيهما هو المشترى امّا أوّلا فلكونه من المجمل المبيّن فى موثّق ابن فضال المتقدّم به حيث قال عليه السّلام صاحب الحيوان المشترى بالخيار ثلثة أيّام و حمل المجمل على المبيّن لازم و امّا ثانيا فلدلالة سياق الخبر على حصر خيار الحيوان فى أحدهما على خلاف خيار المجلس و (- ح-) فإن أريد به البائع كانا مخالفين للإجماع لمعلوم على عدم اختصاصه بالبائع فتعيّن ان يكون المراد به صاحبه بعد العقد و هو المشترى مضافا الى انّه المتبادر لانّه قد انتقل اليه عنه

قوله طاب ثراه و هى رجح بحسب السّند (- اه-)

غرضه بذلك مقابلة من رجح اخبار القول بالاختصاص بالمشترى بالأكثريّة عددا و الأشهريّة رواية و فتوى شهرة تلحق الخبر المثبت بالشّواذ المتروكة بين الأصحاب بأنّ صحيح ابن مسلم أرجح سندا من صحيح ابن رئاب و الأصحّية من جملة المرجّحات و لكن باب المناقشة على ما ذكره مفتوحة أمّا أوّلا فلانا لو سلّمنا الأصحّية فلا ريب فى انّ اعراض من عدا نادر من الأصحاب عن الأصحّ الموجود فى الكتب الأربعة و تعلّقهم بالخبر الموجود فى كتاب مرجوح بالنّسبة إلى الكتب الأربعة أقوى شاهد و أوضح دليل على انّ فى الخبر الأصحّ سمّية ليست فى الأخر و من هنا شاع بينهم و ذاع و ملأ الدّفاتر و نودى على المنابر انّ الخبر كلّما ازداد صحّة و اعتبارا ازداد بسبب إعراض الأصحاب عنه سقوطا و وهنا و امّا ثانيا فلانّ اخبار القول بالاختصاص عديدة غير منحصرة فى صحيح ابن رئاب بل فيها ما رواه راوى رواية القول بعدم الاختصاص عنى محمّد بن مسلم و المروىّ عنه واحد فيهما و روى الأخر غيره من الثقات (- أيضا-) فيشبه ان يكون هذا هو الأصل و الأخر مرويّا بظنّ الموافقة لهما فى المعنى فتكون روايته هذه فى قبال تلك فيبقى صحيح ابن رئاب و غيره سليما عن المعارض و ربّما يرجّح اخبار القول بالاختصاص بوجهين اخرين غير شهرة الرّواية و الفتوى أحدهما أنّها أوفق بعمومات الكتاب و السّنة الّتى هى بلزوم البيع ناطقة و قد قال عليه السّلام ما وافق كتاب اللّه تعالى فخذوه و ما خالف كتاب اللّه فدعوه ثانيهما انّ هذه الأخبار أبعد

ص: ۴۷

من التّقيّة لأنّ الشّيخ الحرّ العاملى (- ره-) احتمل فى الوسائل حمل اخبار القول الأوّل على التقيّة و إن كان فيه نظر من حيث إطباق العامّة كما سمعت من الشيخ (- ره-) فى (- ف-) و علم الهدى فى الانتصار على عدم ثبوت الخيار لشىء منهما فلا يبقى (- ح-) للحمل على التقيّة وجه الّا ان يبتنى ذلك على ما يظهر من بعض الأخبار من عدم توقّف الحمل على التقيّة على وجود قول بذلك للعامّة و انّهم عليهم السّلام أوقعوا الاختلاف فى الأخبار حقنا لدمائنا فيلزم التحرّى و الأخذ بما هو الأشهر مثلا و بذلك حزم فى (- ئق-) حيث قال و احتمل فى الوسائل حملها على التقيّة و لعلّه الأقرب و إن كان لا يحضرنى الآن مذهب العامّة فى هذه المسئلة لمّا عرفت فى مقدّمات كتاب الطّهارة من انّ الحمل على التقيّة لا يتوقّف على وجود القائل بذلك منهم فإنّه لمّا كان الأصحاب سلفا و خلفا سوى المرتضى (- ره-) على هذا القول المشهور و اخبارهم كما عرفت متظافرة به فإنّه يعلم بذلك كونه مذهب الأئمّة (- ع-) عليهم السّلام و ليس لما خالف ذلك ممّا ورد عنهم عليهم السّلام محمل غير التّقيّة انتهى و فيه نظر ذكرناه فى محلّه

قوله طاب ثراه فالإنصاف انّ دلالتها بالمفهوم (- اه-)

أراد بذلك إثبات أظهريّة أخبار القول بالثّبوت لهما و يمكن المناقشة فيما ذكره بمنع كون دلالة صحيح بن رئاب بالمفهوم و اىّ منطوق أقوى و امتن من قصر المجيب الحكم على احد الأفراد الّتى ردّد السّائل الحكم بينها و لعمرى انّ ما ارتكبه من الحمل و التّأويل ممّا لا ينبغى صدوره من مثله و كيف يحتمل فى حقّه عليه السّلام إخفاء بعض الحكم فى جواب المستفسر عن حقيقة الحال المردّد بين الأطراف فى السّؤال ان ذلك إلّا تأخيرا للبيان و تعمية للمتفحّص عن الأحكام الشرعيّة فتأمّل

قوله طاب ثراه من انّ خيار الحيوان للمشترى على البائع (- اه-)

توضيحه انّ كون الخيار للمجموع كما يحصل بثبوته لكلّ منهما فكذا يحصل بكون الخيار للمشترى لأنّه إذا كان للمشترى الخيار على البائع صدق انّ الخيار بينهما و وجه كونه فى غاية السّقوط مخالفته لظاهر عبارة الرّواية

قوله طاب ثراه نعم هنا قول ثالث (- اه-)

قلت هنا قول رابع و هو الفرق بين ما لو كان كلّ من الثّمن و المثمن حيوانا و بين ما لو كان أحدهما حيوانا و الأخر غير حيوان بالثّبوت لهما فى الأوّل و للمشترى خاصّة فى الثانى و قد حكى هذا القول فى مفتاح الكرامة عن الصّيمرى فى غاية المرام ثمّ قال (- ره-) و قد مال اليه أو قال به جماعة كأبى العبّاس (- ره-) و الكركى (- ره-) فى المقتصر و تعليق (- شاد-) و القطيفى (- ره-) فى إيضاح (- فع-) و الفاضل الميسى (- ره-) و الشّهيد الثّانى فى (- الروضة-) لأنّهم بين مستوجه له و مقرّب و مقو له أو ناف عنه البعد و لم يحكم به سوى الصيمرى و قد جعله فى (- مع صد-) ثالث الأقوال و نفى عنه فيه البعد انتهى و لكن لا يخفى عليك انه لم يتقن النّقل لأنّ الّذى افتى به فى (- لك-) و (- الروضة-) انّما هو ما نسبه إليه فى المتن من الثّبوت لهما مع كون الطّرفين حيوانا و للبائع خاصّة مع كون الثّمن حيوانا دون المثمن و للمشترى خاصّة فى عكسه قال فى (- لك-) بعد إثبات الخيار لهما مع كون الطّرفين حيوانا و للمشترى مع كون المبيع حيوانا ما لفظه و لو كان الثّمن خاصّة حيوانا ثبت الخيار للبائع خاصّة على الأقوى انتهى و مثله ما فى (- الروضة-) و يظهر اثر الفرق بين القولين فيما لو كان الثمن خاصّة فإنّ لازم القول الرّابع الّذى ذكرناه عدم ثبوت الخيار لهما لعدم كون الطّرفين حيوانا و لا للمشترى لعدم كون المبيع حيوانا و امّا على قول الشّهيد الثّانى (- ره-) فيثبت الخيار لصاحب الحيوان مطلقا ثمّ انّ حجّة القول الرّابع هى صحيحة محمّد بن مسلم المزبورة حجّة للقول بالثّبوت بعد حمله على كون كلّ من المبيع و الثّمن حيوانا كما ارتكبه جماعة بل عزاه فى الوسائل إلى أكثر الأصحاب و فيه انّ الحمل انّما يقبل عندنا إذا كان عليه شاهد من الأخبار أو ساعده فهم العرف كما بيّنا ذلك فى المطارح و لا ريب فى انتفاء كليهما فى المقام فلا يصار اليه

قوله طاب ثراه لعموم صحيحة محمّد بن مسلم (- اه-)

هذا احد الوجوه المستدلّ بها للقول الثّالث الثانى الحكمة المتقدّم ذكرها فى طىّ حجج القول بالاختصاص فإنّها مشتركة بين الجانبين

و فيه انّه ان أريـد بهـا العلّـة المسـتنبطة فلا ريب فى عـدم جواز العمل بها ما لم تكن معلومـة علما قطعيّا من عقل أو نقل من إجماع أو نصّ فتكون منقّحة و إن كانت منصوصـة كفى فيها الظنّ لأنّ الدّلالـة (- ح-) لفظيّة و ليس فى المقام شـىء منهما قطعا و ان أريد بها الحكمـة فى شـرع الحكم و موافقته للاعتبار ففيه انّ هـذه لا يناط بها الحكم لعـدم انضـباطها و اطّراد الحكم بدونها الثّالث انّه مقتضـى الجمع بين اخبار الباب و فيه انّ أولويّـة الجمع مهما أمكن حتّى مع فقد الشّاهد عليه منها و عدم مساعدة العرف إيّاه ممنوعة أشدّه كما لا يخفى على من راجع المطارح و الّذى يقتضيه التّحقيق هو قوّة هذا القول امّا أوّلا فلانّ إطلاق الصّحيحين المزبورين صاحب الحيوان محكّم و لا وجه لتقييده بالمشترى لمجرّد تقيّده به فى موثق ابن فضال ضـرورة انّ النّسـبة بين قوله عليه السّلام صاحب الحيوان بالخيار ثلاثـة أيّام و بين قوله (- ع-) صـاحب الحيوان المشترى بالخيـار انّما هى الإطلاق و التّقييـد الغير المتنافى ظاهرهما إذ لا مانع من ثبوت الخيـار لصاحب الحيوان بائعا كان أو مشتريا و لصاحب الحيوان إذا كان مشتريا و قـد تقرّر فى صـناعة الأصول اختصاص قاعـدة حمل المطلق على المقيّـد بما إذا تنافى ظاهرهما و امّا مع عدم التّنافى فيعمل بكلّ منهما بحياله و (- ح-) فيدور الخيار مدار صاحب الحيوان فـإن كـان هو البـائع كان الخيار له دون المشترى و إن كان هو المشترى كان الخيار له دون البائع و إن كانا كلاهما كان الخيار لهما و لا ـ يتوهّم مخالفـة ذلك للأخبار المزبورة المشـهورة روايـة و فتوى و الإجماعات المنقولـة على حـدّ الاسـتفاضة الدّالـة على اختصاص الخيـار بالمشترى ضـرورة انصـراف تلك الأخبار الى ما لو كان المبيع حيوانا دون العوضـين جميعا و دون الثّمن وحـده فإنّه لا يشـكّ أحـد فى تبـادر ذلـك من تلـك الأخبار و العبائر و انسـياقها لـذلك فلا دلالـة فيها على نفى الخيار للبائع إذا كان العوضان حيوانين أو الثمن خاصّـة حيوانـا فالقول بثبوت الخيار فى الفرضـين ليس مخالفـة للقول المشـهور و لا للمنقول من الإجماع بل هو قول بـذلك مع زيادة لـدليل كما لا يخفى و امّا ثانيا فلمّا تقرّر فى محلّه من انّ تعليق الحكم على الوصف يقتضـى العلّية و قد علّق عليه السّـلام الحكم على كونه صاحب حيوان و منتقلا اليه الحيوان فيفيد عليه انتقال الحيوان الى شـخص لثبوت الخيار له و يثبت بذلك المطلوب فتحصّل انّ الحقّ المؤيّـد المنصور هو القول المشـهور فيمـا إذا كان المبيع حيوانا دون الثّمن مع زيادة ثبوت الخيار للبائع خاصّـة إذا كان الثمن خاصّة حيوانا و لهما إذا كان العوضان حيوانين و اللّه العالم

قوله طاب ثراه لأنّ الغلبة قد تكون (- اه-)

أراد بـذلك انّ الغلبـة النّاقصـة يصـحّ الاعتمـاد عليهـا فى ذكر القيـد الوارد على طبقهـا مع كون الحكم متعلّقـا بأصـل الطبيعـة بخلاف الإطلاق فإنّه لا يصـحّ الاعتماد فى تقييـده على الغلبـة النّاقصة بأن يكون الحكم منوطا بما هو الغالب على وجه الغلبة النّاقصة فلا بدّ من كون الغلبة كاملة و السرّ فى ذلك انّ ذكر القيد فى الكلام يدور مدار نكتة رافعة لصـيرورة القيد لغوا بخلاف الإطلاق مرادا به المقيّد فإنّه لا بـدّ فيه من قرينـة قويّـة تصـلح صارفة عن الظّهور الأصـلى الّذى هو الإطلاق على وجه يصـير اللّفظ ظاهرا فى المقيّد و ليست إلّا الغلبة الكاملة الصّالحة لتعيّن المقيد بخصوصه كما نبّه على ذلك الشيخ الوالد العلّامة أنار اللّه برهانه

قوله طاب ثراه

ص: ۴۸

و لا صحیحة محمّد بن مسلم المثبتة (- اه-)

المراد بها هی المتقدّمة عند ذکر مستند علم الهدی (- ره-)

قوله طاب ثراه لکن الإشکال فی إطلاق الصّحیحة الأولی (- اه-)

أراد بها الصّحیحة المتضمّنة لقوله علیه السّلام و صاحب الحیوان بالخیار ثلثة أیّام و وصفها بالأولی لکونها أوّل ما ذکره بعد القول الثّالث

قوله طاب ثراه فلا محیص عن المشهور (- اه-)

قد عرفت انّ الحقّ الّذی لا محیص عنه هو القول الثالث

[عدم الفرق بین الأمة و غیرها فی مدة خیار الحیوان]

قوله طاب ثراه لا فرق بین الأمة و غیرها (- اه-)

ای من العبد و الحیوانات صرّح بذلک الحلّی فی (- ئر-) و الشهیدان فی اللّمعتین و محکی (- س-) و اخرون ممّن تأخّر عنهم بل نسبه فی الرّیاض إلی الأکثر قیل لعلّ مراده ظاهرهم قلت النّسبة فی محلّها لأنّ الإطلاق فی کلمات الفقهاء کغیرها معتبر

قوله طاب ثراه بل عن الأوّل دعوی الإجماع (- اه-)

قال فی الغنیة و الخیار فی الأمة مدّة استبرائها بدلیل الإجماع المتکرّر انتهی

قوله طاب ثراه و ربّما ینسب هذا إلی المقنعة (- اه-)

قال فی المقنعة و (- یة-) لو ابتاع إنسان جاریة و عزلها عند ثقة علی استبرائها کانت النفقة علیها من مال البائع فی مدّة الاستبراء فان هلکت فیها فمن ماله دون مال المبتاع انتهی و قریب من ذلک فی المؤدّی عبارتا المراسم و الوسیلة و محکی الجامع

قوله طاب ثراه و لم أقف لهم علی دلیل

ای عدی إجماع الغنیة الّذی هو کسراب بقیعة الّا ان یحمل علی صورة عدم قبض المشتری الأمة فیثبت خیار التّأخیر لکنّه خلاف مصبّ عبائرهم و علی ایّ حال فالأقوی عدم الفرق لإطلاق الأخبار بل عموم صحیح الحلبی المؤکّد للحیوان بالکلّ و خصوص صحیح ابن رئاب الّذی مورده الجاریة و صحیح ابن سنان المتقدّم الصّریح فی الشمول للجاریة بقرینة الحبل مؤیّدا ذلک کلّه بإطلاق الإجماعات المزبورة فی صدر المقال و نفی البعد عن القول الأخر نظرا الی ذهاب معظم الأصحاب الیه و حکایة الغنیة الإجماع علیه کما صدر من سیّدنا فی مفتاح الکرامة ساقط بالبداهة إذ قول المعظم لا حجّة فیه فی قبال قول الحجّة المعصوم علیه السّلام و إجماع الغنیة لا ینفع مع وجود الخلاف و دعوی الإجماع علی خلافه من قوم فلا تذهل

[فی أن مبدأ خیار الحیوان من حین العقد]

قوله طاب ثراه مبدء هذا الخیار من حین العقد (- اه-)

هذا هو خیرة (- کرة-) و (- شاد-) و التنقیح و اللمعتین و غایة المراد و (- لک-) و (- مع صد-) و مجمع الفائدة و الکفایة و الرّیاض و المستند و (- ئق-) و المصابیح و غیرها بل فی المصابیح و خیارات الفقیه الغرویّ انّه ظاهر المعظم بل فی مجمع الفائدة و المقابیس و غیرهما انّه المشهور بین الأصحاب ثمّ لا یخفی علیک انّ لازم نزاعهم فی کون مبدء خیار المجلس من حین العقد أو من حین التفرّق هو تسالمهم علی ثبوت خیار المجلس فی بیع الحیوان لکلّ من المتبایعین لإطلاق دلیله و یظهر اثر ذلک بالنّسبة إلی البائع علی القول المشهور من عدم ثبوت خیار الحیوان له فإنّه یثبت له خیار المجلس و کذا فیما إذا أسقطا خیار الحیوان فی العقد أو بعده فإنّه

يبقى لهما خيار المجلس و قد ادّعى فى المقابيس الاتّفاق على دخول خيار المجلس فى بيع الحيوان (- أيضا-) و مع ذلك فربّما احتمل بعضهم عدم الثبوت نظرا الى انّ لازم مقابلة خيار المجلس بخيار الحيوان و جعل مورد الأوّل غير الحيوان و مورد الثّانى الحيوان هو عدم جريان خيار المجلس فى بيع الحيوان الا ترى الى قوله عليه السّلام فى خبر علىّ بن أسباط الخيار فى الحيوان ثلثة أيّام للمشترى و فى غير الحيوان ان يتفرّقا و مثله صحيح فضيل عن ابى عبد اللّه عليه السّلام قال قلت له ما الشّرط فى الحيوان قال ثلثة أيّام للمشترى قال قلت له و ما الشّرط فى غير الحيوان قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا الحديث فتأمّل كى يظهر لك إمكان ان يقال انّ المراد بقوله ما الشرط فى الحيوان هو السّؤال عن الحيوان من حيث كونه حيوانا فيكون المراد بقوله غير الحيوان غير الملحوظ بعنوان كونه حيوانا فيشمل الحيوان إذا لوحظ باعتبار كونه مبيعا لا باعتبار عنوان كونه حيوانا و مثله المراد فى قوله عليه السّلام و فيما سوى ذلك من بيع كما نبّه على ذلك الوالد العلّامة أعلى اللّه مقرّه و مقامه

قوله طاب ثراه لظاهر قوله عليه السّلام (- اه-)

هذا أحد أدلّة هذا القول و وجه الظّهور هو انّ بيانه عليه السّلام منتهى كلّ من خيار المجلس و خيار الحيوان ظاهر فى موافقتهما فى المبدإ و مبدأ الأوّل من حين العقد فكذا الثّانى الثّانى ما تمسّك به فى التنقيح و الإيضاح و غيرهما من انّ العلّة للخيار هو العقد فلو تأخّر عنه لزم تأخّر المعلول عن علّته و هو محال و فيه أوّلا النّقض بما لو اشترط فى ضمن العقد الغير المقتضى للخيار الخيار من بعد العقد بيوم أو ساعة إلى عشرة ساعات مثلا فإنّه يجوز بلا خلاف فما هو الجواب عن لزوم تأخّر المعلول عن علّته فهو الجواب هنا و ثانيا الحلّ بانّ ذلك ليس من تأخّر المعلول عن علّته إذ بعد ثبوت انّ المبدء من حين التفرّق يكون العقد علّة للخيار من حين التفرّق و لازمه انّما هو امتناع تأخّر ثبوت الخيار من حين التفرّق لاستلزامه تأخّر المعلول عن علّته لا امتناع تأخّره من حين العقد لفقد العلّية بالنّسبة الى ما قبل التفرّق حتّى يلزم تأخّر المعلول عن العلّة و بعبارة وجيزة الوجه المذكور قاصر عن إثبات المطلوب ضرورة عدم إثباته علّية العقد للخيار من حينه حتى يلزم من القول بكونه من حين التفرّق تأخّر المعلول عن علّته فالتمسّك به فرع إثبات علّية العقد للخيار من حينه فإن أريد إثبات العلّية على ذلك النّحو بدليل أخر كان هو الحجّة دون هذا الوجه و ان أريد إثباته بهذا الوجه فلا دلالة فيه كما لا يخفى على المتدبّر البصير الثّالث انّه لو لا كون مبدئه من حين العقد للزم بطلانه لانّه لا يعلم مبدئه للجهل بوقت التفرّق و احتمال الزّيادة و النّقصان و هو يوجب الغرر أشار إليه فى غاية المراد و فيه أوّلا النّقض بما لو شرط فى ضمن العقد الواقع على غير الحيوان ثبوت الخيار له بعد التفرّق الى يومين مثلا فإنّه يصحّ بوفاق من الخصم فيلزم صحّة الفرض (- أيضا-) لعدم الفارق و ثانيا انّ احتمال الزّيادة و النقصان ممنوع لانّ مقدار المدّة ثلثة أيّام على كلّ حال و انّما الجهالة فى مبدئه و هى غير قادحة لعدم الدّليل عليه و دفع الأصل له و قاعدة الغرر لا تقتضى ذلك و انّما الغرر فيما لو كان أصل مقدار المدّة مجهولة و ليس فليس الرّابع ما فى كشف الظّلام من انّ الأصل اللّزوم فمهما أمكن رفع الخيار عن جزء من الزّمان فهو اولى بل هو متعيّن و لا ريب فى انّه إذا جعل مدّة الخيار من حين العقد قلّت مدّة الخيار بتداخله مع خيار المجلس فالاقتصار على المتيقّن فيما خالف الأصل متعيّن و فيه ما لا يخفى

قوله طاب ثراه خلافا للمحكى عن ابن زهرة (- اه-)

فإنّه ساق الكلام على وجه الكلّية و قال اعلم انّ ابتداء المدّة للخيار من حين التفرّق بالأبدان لا من حين حصول العقد لانّ الخيار انّما يثبت بعد ثبوت العقد و هو لا يثبت الّا بعد التفرّق فوجب ان يكون الخيار ثابتا من ذلك الوقت انتهى

قوله طاب ثراه و كذا الشيخ و الحلّى (- اه-)

(۱۱) أصل هذه الشبهة و الاستظهار من الشهيد (- ره-) فى غاية المراد و لا تخلو من نظر سيّما مع ظهور بعض عبائرهما فى كون المبدء فى هذا الخيار من حين العقد و كفاك منها قول الحلّى (- ره-) فى (- ئر-) انّ المذهب مستقرّ فى انّ الخيارين للمشترى فى الحيوان بمجرّد العقد خيار المجلس و خيار الثلث

ص: ۴۹

انتهى

قوله طاب ثراه نعم ربّما يستدلّ عليه بأصالة (- اه-)

تقرير هـذا الأصـل انّه إذا كـان مبدئه من حين العقـد يكـون انقضـاء الثّلثـة فى زمـان أقـلّ منه فى زمـان يكون مبـدئه من حين التفرّق فيستصـحب فيه الخيار بقـدر زمان ما بين العقـد و التفرّق و فيه أوّلا انّ ظاهر الأدلّة يأبى من جريان الأصل و ثانيا انّ استصـحاب الخيار بعـد انقضـاء ثلثـة أيّام من حين العقـد الى مضـىّ مقـدار زمان ما بين العقـد و التفرّق فرع كون المبـدء من حين التفرّق فلو اثبت كون المبدء من حين التفرّق بالاستصحاب لزم الدّور فتأمّل

قوله طاب ثراه بل أصالة عدم حدوثه (- اه-)

هـذا تقرير أخر للأصـل و الفرق بينه و بين التّقرير السّـابق كون مجرى هـذا أوّل المـدّة و مجرى ذاك أخرها و تقرير الأصل انّ الخيار حادث و الأصل تأخّر حدوثه الى انقضاء المجلس و فيه أوّلا ما فى سابقة من عدم جريانه فى قبال ما مرّ من الدّليل و ثانيا انّه مثبت لانّ المقصود إثبات كون خيار الحيوان بعد انقضاء المجلس و كونه بعده من اللّوازم العاديّة لعدم كونه قبله و قد تقرّر فى محلّه انّ الأصول المثبتة لا عبرة بها فتأمّل كى يظهر لك إمكان دعوى خفاء الواسطة و ثالثا انّه معارض بأصالة عدم التأخّر

قوله طاب ثراه و بلزوم اجتماع (- اه-)

الظّاهر انّه أراد بالمسبّب بالفسـخ و بالسّـببين خيارى المجلس و الحيوان و يقرب من هـذا الوجه ما تمسّك به فى الإيضاح لهذا القول من انّ خيار المجلس يثبت حال العقـد فلو ثبت خيار الحيوان (- أيضا-) (- ح-) لاجتمع المثلان و هو محال و أوضح من ذلك ما فى التنقيـح حيث اسـتدلّ بلزوم اجتمـاع المثلين و اجتماع العلّتين على معلول واحـد شخصـىّ قال و كلاهما منفى بيان اللّزوم انّ مـدّة خيار المجلس امّـا ان يكون الثّـابت فيهـا خيـارين أو واحـدا فـإن كـان الأـوّل لزوم اجتمـاع المثلين و إن كان الثّانى لزم اجتماع العلّتين على المعلول الواحـد ثمَّ انه أجـاب عن ذلـك بانّـا نختـار ثبوت خيـارين و نمنع انّ كليهمـا مثلاـن لأـنّ أحـدهما خيار المجلس و هو ثابت للمتبايعين و الأخر خيار الحيوان أو هو ثابت للمشترى خاصّة ثمَّ سلم كون الخيارين واحدا ثمَّ قال و لا يلزم ما ذكرتم لانّ علل الشّـرع معرّفات لا مؤثّرات و لذا اجتمعت فى المجلس و العيب و خيار الرّؤية من غير خلاف

قوله طاب ثراه و ما دلّ على انّ تلف (- اه-)

هذا الوجه قد تمسّك به فى المقابيس ثمَّ أجاب بأنّ ظاهر الأخبار كون التّلف فى الثّلثة من البائع من حيث انّه فى الثّلثة و كذا التصرّف على انّ الغالب وقوعهما بعد التفرّق و لو سـلّمنا فاطلاقهما معارض بإطلاق ما دلّ على ثبوت الخيار للمشترى الشّامل لزمان المصاحبة و على زواله بتصـرّفه مطلقا و بما يعطيه ظاهر بعض الأخبار الماضيـة من انّه لا فرق بين خيار المجلس و الحيوان إلّا فى أخر المـدّة بقرينة المقارنـة و انّه لاـ يثبت فى الحيوان خيـار الّـا ثلثة أيّام فـإنّه على هـذا امّـا لاـ خيار فى المجلس فيه أو يتـداخل الخياران و الأوّل باطل بالاتّفاق فيبقى الثانى و هو المطلوب انتهى و أقول توضيح الاستدلال انّ مقتضى القاعدة هو كون التّلف فى زمان الخيار المشترك من المشترى و الخيـار المختصّ من البـائع فلو كـان مبـدء خيـار الحيوان من حين العقـد لكان التّلف قبل التفرّق فى زمان الخيار المشترك فيلزم كون التّلف من المشـترى و الحـال دلالـة النصّ على كونه من البـائع فعلم أنّ مبـدئه من حين التفرّق حتّى يكون التّلف فى زمـان الخيـار المختصّ بالمشترى و الجواب أوّلا انّ ذلك انّما يتمّ لو لا النصّ على كون خيار الحيوان (- أيضا-) من المشترك و قـد عرفت وجوده فلم لا يكون الخبر المـذكور مبتنيا على ثبوت الخيار لهما و ثانيا انّ الخبر ان لم يكن شاملا للتّلف قبل التفرّق لـدعوى انصـرافه الى التّلف بعده فلا شـبهة فى لزوم مخالفة الحكم للقاعدة مطلقا و إن كان شاملا للتّلف قبل الافتراق كما هو مقتضى الإطلاق لزم على كلّ حال تخصـيص القاعدة به حتّى على القول بكون المبدء من حين التفرّق لأنّه إذا تلف فى المجلس فمقتضى النصّ كونه من البائع مع انّ الخيار قبل التفرّق خيار مشترك مع انّ مقتضـى القاعدة كونه (- ح-) على المشترى فالخبر على كل حال مخصّـِص للقاعدة فلا

يـدلّ على مـدّعى المسـتدلّ بقى هنا وجوه أخر تمسّـكوا بها لهـذا القول اعنى كون المبدء من حين التفرّق الأوّل انّه لو كان المبدء من حين العقد لزم كونه مؤكّدا لخيار المجلس الى ان يفترقا و لو كان من حين التفرّق كان مؤسّـسا و التّأسيس أولى من التّأكيد و فيه أوّلا انّ التّأسـيس هنا خلاف ما وضع عليه العقـد لأنه وضع على اللّزوم و ثانيا انّ الأولويّة ممنوعة و لو سـلّمت فإنّما هى فى الألفاظ كما إذا وردت عبارتان و احتمل تأدية إحديهما عين ما أدّته الأخرى و غير ما أدّته فإنّها تحمل على الثّانى امّا فى الأحكام فلا و ثالثا انّ مخالفة الأولى غير قادحـة سيّما مع افادة ظاهر الـدّليل التأكيـد فإنّ الظّواهر هى المعتمـدة فى باب الألفاظ و رابعا منع اسـتلزام الثّبوت من حين العقـد التأكيـد بل لازم بقاء أحـدهما بعـد اشتراط سـقوط الأخر فى ضـمن العقـد هو التعـدّد و التّأسـيس الثّانى انّ الشّارع قد اثبت هنا خيارين و الأصل استقلال كلّ منهما برأسه و عدم تداخلهما و جوابه ما فى المتن من قوله و يردّ التّداخل انّ الخيارين (- اه-) الثّالث ما سمعته فى عبارة الشّيخ من انّ الخيار يثبت بعد ثبوت العقد و العقد لا يثبت الّا بعد التفرّق فوجب ان يكون الخيار ثابتا من ذلك الوقت و الجواب عن ذلك من وجهين أحـدهما ما فى غاية المراد من انّا لا نسـلّم توقّف ثبوت الخيار على ثبوت العقد ان عنى به اللّزوم كما هو صـريح الحلّى و ان عنى به مطلق الثبوت فهو مسـلّم و الإيجاب و القبول كافيان فيه ثانيهما النّقض بخيار المجلس و التزام ثبوته قبل ثبوت العقد بيّن البطلان لانّ المعلول لا يتقدّم على علّته و دعوى انّ السّبب المقتضى له هو الإيجاب و القبول و ان لم يثبت بهما العقد مشتركـة الورود و لو سـلّمنا فيلزم على هـذا توقّف ثبوت الخيار على زواله إذ لا قائل بالفرق بين خيار المجلس و الشّـرط و الثلاثـة فى توقّف الانعقـاد على انقضائهـا فـإذا كـان ثبوت الخيار متوقّفا على الانعقاد لزم ما قلنا و هو يوجب الـدور و (- أيضا-) على هـذا يكون مبدء خيار الشّـرط بعد الثّلثة أو بالعكس و لا يقولون به نعم لو قلنا بتخلّل ان قليل للزوم العقد بين التفرّق و ثبوت الخيارين و انّ المبدء فيهما بعـده لا من حين التفرّق بلا فصل على ان يكون التّعبير به من باب المساحة اتّجه الدّليل لو تمّت الصّـغرى و لكن فى الجميع نظر لا يخفى الرّابع انّ العقـد مقتض للّزوم لو لا الخيار و المفروض وجود الجواز ما لم يفترقا فثبوت خيار الحيوان يتوقّف على لزوم العقد الحاصل بالتفرّق ذكره فى المصابيح ثمَّ ردّه بانّ ارتفاع الخيار المخصوص لا يقتضى اللّزوم مطلقا بل

اللّزوم اللّازم من رفعه فيصحّ تعلّقه بالجائز هذا ما وسعنا من تحرير أدلّة الطّرفين و قد بان لك من ذلك كلّه انّ الثّبوت من حين التفرّق هو الحق اليقين و القول المتين لظاهر اخبار المعصومين صلوات اللّه عليهم أجمعين

قوله طاب ثراه كما استظهره بعض المعاصرين (- اه-)

يحتمل ان يكون مراده به صاحب الجواهر (- ره-) فإنّه قد قوى ذلك

قوله طاب ثراه و إن كان بائعا (- اه-)

التقييد بهذا من جهة انّ متملّك الحيوان انّما يتملّكه فى مقابل الطّعام الّذى باعه على صاحب الحيوان

قوله طاب

ص: ۵۰

ثراه و تمثيله بما ذكر مبنىّ (- اه-)

وجه ابتناء التّقييد بما ذكر على عدم اختصاص الخيار بالحيوان المعيّن هو انّه ذكر انّه لو أسلم حيوانا و معلوم انّ اسلاف الحيوان أعمّ من ان يكون ذلك بجعله ثمنا بعنوان الكلّية بان يسلف شاة موصوفة بأوصاف رافعة للجهالة فى مقدار من طعام معلوم ثمّ يعوّض قبل التفرّق ما هو مصداق له فى الخارج و من ان يكون بجعله ثمنا بعد تشخيصه فى الخارج و لم يقيّد الممثل الحيوان بكونه مشخّصا فى الخارج و معيّنا و لا يعتبر فى تحقّق حقيقة السّلم كون ثمنه شيئا شخصيّا و لا جعل ذلك من شرائطه و انّما اشترط فيه وقوع قبض الثمن قبل التفرّق فلا يتمّ التمثيل بما هو أعمّ إلّا بعد عدم اعتبار الاختصاص بالفرد منه و الّا كان اللّازم التقييد بما يفيد الاختصاص كما لا يخفى

[مسألة لا إشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلاثة أيام]

قوله طاب ثراه لا لدخول اللّيل فى مفهوم اليوم بل للاستمرار المستفاد من الخارج

غرضه (- قدّه-) بذلك انّ المستند فى نفى الإشكال فى دخول اللّيلتين المتوسّطتين ليس هى دعوى دخول اللّيل فى مفهوم اليوم متى أطلق عرفا بل لظهور قولهم (- ع-) ثلثة أيّام فى الأخبار فى استمرار زمان الخيار من حين العقد الى انقضاء الثّلثة و لازم الاستمرار دخول الليلتين المتوسطتين فقولهم (- ع-) الشّرط فى الحيوان ثلثة أيّام يدلّ على دخول الليلتين المتوسّطتين بالدّلالة الالتزاميّة العقليّة لأنّ لازم الاستمرار ذلك و من هذا ظهر الوجه فى دخول اللّيالى الثلث عند التلفيق لانّ استمرار الخيار من حين العقد الى ثلثة أيّام المستلزم لثبوته فى تتمّة اليوم الثالث يستلزم ثبوته فى ليلة اليوم المتمّم كما لا يخفى

قوله طاب ثراه فالظّاهر بقاء الخيار (- اه-)

قلت بل الظّاهر بقاء الخيار الى ان يمضى من اللّيلة الرّابعة بمقدار ما مضى من ليلة العقد لانّ الظاهر عرفا من قوله عليه السّلام ثلثة أيّام انّما هو ثلثة أيّام و ثلث ليال حقيقة الّتى هى عبارة عرفا عن اثنتين و سبعين ساعة و لو شكّ فاستصحاب الخيار الى انقضاء اثنتين و سبعين ساعة محكم و ما ذكرناه من دخول المقدار المذكور من اللّيلة الرّابعة هو الّذى يقتضيه قول العلّامة الطّباطبائى (- ره-) فى المصابيح انّ المدّة مقدار ثلثة أيّام بلياليها تحقيقا لأنّه الأصل فى التّحديد انتهى و من هنا ظهر دخول اللّيلة الأخيرة فيما لو باع أوّل طلوع الفجر مثلا و استقرب بعض مشايخ العصر (- قده-) عدم الدّخول نظرا الى صدق مضىّ ثلثة أيّام لغة و عرفا فيما لو باع أوّل فجر الجمعة مثلا بغروب يوم الأحد و لكنّه كما ترى بعد ما عرفت من ظهور الأيّام الثلاثة فى اثنتين و سبعين ساعة

قوله طاب ثراه و يحتمل النّقص (- اه-)

هذا وجه ثالث فى المسئلة و يضعفه ما أشار إليه (- المصنف-) (- ره-)

قوله طاب ثراه قيل (- اه-)

القائل هو العلّامة (- ره-) الطباطبائى فى المصابيح و تلميذه فى مفتاح الكرامة

قوله طاب ثراه فإن أراد اللّيلة السّابقة

قلت لازم ما ذكره إلى أخر المسئلة هو اختلاف حال الخيار باختلاف أوقات البيع فلو باع فى أوّل فجر الجمعة انقضى الخيار بغروب يوم الأحد و لم يكن خيار فى اللّيلة الثّالثة و لو باع فى ظهر الجمعة دخلت ليلة الاثنين لكون نصف يوم الاثنين متمّما للأيّام الثّلثة و كذا لو باع فى غروب الجمعة و امّا لو باع نصيفة ليلة الجمعة فتدخل ليلتان و نصف اعنى نصف ليلة الجمعة و ليلتا السّبت و الأحد و هكذا و ربّما تمسّك بعضهم لعدم دخول اللّيلة الثّالثة بأصالة عدم دخول اللّيل خرجت اللّيلتان المتوسّطتان بظاهر الأدلّة و بقيت اللّيلة الأخيرة تحت الأصل و فيه انّ أصالة العدم بمعنى الاستصحاب لا مجرى لها لكون الحالة السّابقة هى وجود الخيار لا عدمه و أصالة

العدم برأسها لم يثبت اعتبارها و لو سلّم فاستصحاب الخيار حاكم عليها و للفقيه الغرويّ الشّيخ على (- قدّه-) مسلك أخر حيث قال انّ مرجع البحث فى دخول الليلة الأخيرة الى انّ اليوم هل هو مقول على ما بين طلوع الى المغرب أو عليه و على اللّيل بطريق الاشتراك اللّفظى أو المعنوىّ أو انّ العدد من الأيّام موضوع بوضع أخر أو انّه مجاز فى المفرد أو فى العدد باعتبار الهيئة أو الدّخول بحسب الحكم لا الاسم و القرينة أو الدّليل بعد الطّفرة لانّ اليوم يقابل اللّيلة فهو ما بين طلوع الفجر الى غروب الحمرة المشرقيّة ثمَّ قال و لو ادّعى انّه أظهر فردى الحقيقة و يكون كالمشترك بين الكلّ و جزئه لم يكن بعيدا ثمَّ قال و امّا اللّيلة الأولى فغير بعيد ان يقال بأنّ الأيّام المتعدّدة إذا تعلّق بها الخطاب كأيّام الاعتكاف و الإقامة و التردّد ثلثين يوما و أيّام الحيض و أكثره و العدد و نحوها يجوز فيها إدخال اللّيلة الأولى و إخراجها فهى كالمشترك بين الكلّ و جزئه فإن أدخل اللّيلة صارت جزء و ليست بخارجة حتى تكون العشرة تسعة و الثلاثة اثنين لانّ الطّفرة لا معنى لها و بناء على التّعليق يلزم ذلك فيجوز أن ينوى الاعتكاف من المغرب و يدخل اللّيلة و لا بدّ من الإتيان بعشرة تامّة أو ينوى الصّبح و يخرجها و كذا فى الإقامة و الحيض و الطّهر فتكون الأيّام عبارة عمّا لا يزيد عليها بياض مثلا فاذا زاد بياض جاء التلفيق بعد الطّفرة و للإجماع على مقارنة الخيار للعقد و لعدم لزوم ما زاد على العدد و الّا كانت أيّام الإقامة عشرة و نصف و كذا الحيض و الطّهر و العدد و هكذا فهو مجاز قرينته ما ذكرناه أو مشترك لفظى أو معنوىّ بين الكلّ و جزئه أو للدّخول تحت الحكم لا الاسم انتهى قلت قد أطال (- قدّه-) الكلام و لكنه لم يأت بما ترتضيه النّفس و تطمئنّ به و الحقّ ما عرفت من ظهور الأيّام متى أطلقت فى الأيّام مع لياليها فاليوم و إن كان حقيقة فى البياض الّا انّ الظّاهر من الأيّام الأيّام مع لياليها و اللّه العالم

[مسألة مسقطات خيار الحيوان]

الأول اشتراط سقوطه فى عقد خيار الحيوان

قوله طاب ثراه أحدها اشتراط سقوطه (- اه-)

أقول سقوط خيار الحيوان باشتراط سقوطه فى ضمن عقد الشّراء ممّا صرّح به جمع قاطعين به بل غراه فى (- ئق-) إلى الأصحاب و ادّعى الإجماع عليه فى (- كرة-) و كشف الظّلام و خيارات الفقيه الغرويّ و غيرها و الكلام هنا دليلا و اشكالا و جوابا و فروعا هو الكلام فى سقوط خيار المجلس باشتراط سقوطه حرفا بحرف فلا نعيد

قوله طاب ثراه و لا بأس به (- اه-)

و ذلك لعموم أدلّة وجوب الوفاء بالشّروط بعد عدم مخالفة سقوط بعضه للعقد و لا للكتاب و السّنة و لا فرق بين ان يشترطا سقوط جزء من أوّله أو وسطه أو أخره بعد القول بانحلال الخيار بحسب الآنات القابلة للفسخ الى حقوق متعدّدة نعم من قال بكون الخيار حقّا واحدا و اضافة خاصّة مستمرّة كالملكيّة و الزّوجيّة لزمه القول بسقوط ما بعد الزّمان المسقط خياره فإن كان الأوّل سقط الخيار بتمامه و إن كان الوسط سقط خياره و ما بعده لانعدام ما أوجبه العقد من الخيار فى الزّمان المسقط خياره و المعدوم لا يعود الّا بوجود أخر و الفرض عدم عقد أخر موجب له و قد نبّه بعضهم على ذلك و لكن سهى قلمه الشّريف فى قصر سقوط اللّاحق على ما إذا كان المسقط هو الوسط مع انّ لازم التّعليل المذكور هو سقوط ما بعد المسقط مطلقا سواء كان المسقط هو الأوّل أو الوسط و عبارته هذا لا بأس به إذا شرط سقوط شيء من أوّله أو أخره و امّا سقوط شيء من وسطه بحيث لا يبقى طرفاه فلا يكاد يكون إلّا إذا كان الخيار بحسب امتداده

ص: ۵۱

حقوقا متعدّدة لا حقا واحدا و اضافة خاصّة مستمرّة كالملكيّة و الزوجيّة و الّا فلا بدّ من سقوطه بتمامه بسقوط وسطه (- اه-) فتراه قصر سقوط البقيّة على ما إذا كان ما قبلها المسقط هو الوسط مع انّ لازم التّعليل هو سقوط الجميع فيما إذا كان المسقط هو الأوّل

الثانی من مسقطات خیار الحیوان إسقاطه بعد العقد

قوله طاب ثراه و الثانی إسقاطه بعد العقد (- اه-)

قد نفى الخلاف فى سقوطه بذلك فى الغنية و المصابيح و خيارات الفقيه الغروى و كشف الظّلام و غيرها و ادّعى الإجماع عليه فى مفتاح الكرامة و غيره و الكلام أيضا هنا هو الكلام فى سقوط خيار المجلس بالإسقاط بعد العقد حرفا بحرف مضافا الى قوله (- ع-) فذلك رضا منه فى بعض الأخبار الآتية (- إن شاء الله-) (- تعالى-) و الى ما رواه الشيخ (- قدّه-) بإسناده عن محمّد بن احمد بن يحيى عن ابى إسحاق عن الحسن بن ابى الحسن الفارسى عن عبد اللّه بن الحسن بن زيد بن علىّ بن الحسين عن أبيه عن جعفر بن محمّد عليهما السّلام قال قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله فى رجل اشترى عبدا بشرط ثلثة أيّام فمات العبد فى الشّرط قال يستحلف باللّه ما رضيه ثمّ هو بريء من الضّمان دلّ على سقوط الخيار بالرّضا و الإسقاط ثمّ انّ من جملة المسقطات لهذا الخيار انقضاء المدّة اعنى الأيّام الثلاثة بلا خلاف كما فى الغنية و غيرها لدلالة جعل مدّة هذا الخيار ثلثة أيّام على عدم الخيار بانقضائها فإنّ مفهوم الغاية حجّة على الأظهر بل لا حاجة هنا الى المفهوم لأنّ الأصل لزوم البيع فيقتصر فى الخروج منه على مفاد دليل الجواز هذا مضافا الى قوله (- ع-) فى صحيح علىّ بن رئاب المتقدّم فى أصل المسئلة الخيار لمن اشترى ثلثة أيّام نظرة فاذا مضت ثلثة أيّام فقد وجب الشّراء و حكى عن مالك انّه جعل مدّة هذا الخيار كمدّة الإيلاء و ضعفه ظاهر ثمّ انّه قال فى (- كرة-) انّه لا يسقط هذا الخيار بالرّضا بالعيب الموجود فى الحيوان و لا بالتبرّى من العيوب قيل لعلّه استند الى عموم النصّ و انّه لا يجب انعكاس العلّة و انّما يجب اطّرادها لأنّها حكمة لا علّة حقيقيّة لأنّ شرع الخيار فى الحيوان لخفاء عيبه غالبا و لا يلزم من ارتفاعه بالرّضا و الشّرط ارتفاع الخيار فتأمّل

[الثالث من مسقطات خیار الحیوان التصرف]

قوله طاب ثراه و لا خلاف فى إسقاطه (- اه-)

قد نفى الخلاف فى ذلك فى الغنية و (- لك-) و غيرهما (- أيضا-) و نسبه فى (- ئق-) إلى الأصحاب و ادّعى الإجماع عليه فى (- ف-) و (- كرة-) و المصابيح و غيرها قال فى (- ف-) إذا وطأ المشترى فى مدّة الخيار لم يكن مأثوما و لحق به الولد و كان حرّا و لزم العقد من جهته الى ان قال دليلنا إجماع الفرقة على انّ المشترى متى تصرّف فى المبيع بطل خياره و اخبارهم معروفة انتهى

قوله طاب ثراه ففى صحيحة ابن رئاب

قلت هذه الصّحيحة رواها ثقة الإسلام (- ره-) عن عدّة من أصحابه عن سهل بن زياد و احمد بن محمّد جميعا عن ابن محبوب عن ابن رئاب عن أبى عبد اللّه سلام اللّه عليه قال الشّرط فى الحيوان ثلثة أيّام اشترط أم لم يشترط فإن أحدث (- اه-)

قوله طاب ثراه و صحيحة الصّفار

هذه الصّحيحة رواها الشيخ بإسناده عن الصّفا

قوله طاب ثراه أو نعلها

قال فى المصباح المنير انعلت الخفّ بالألف و نعلته بالتثقيل جعلت له نعلا و هى جلدة على أسفله تكون كالنّعل للقدم و نعل الدابّة من ذلك و انعلتها بالألف و بغيرها فى لغة جعلت لها نعلا انتهى و قال الشيخ الوالد قدّس سرّه انّ الأنسب ان يكون النّعل هنا بلفظ

المصدر عطفا على الأخذ و امّا ركب فهى جملة ماضويّة معطوفة على قوله أحدث

قوله طاب ثراه المراد بالحدث إن كان مطلق التصرّف (- اه-)

لا- يخفى عليك انّ كلمات الفقهاء فى المقام فى غاية الإجمال و الاضطراب تارة من حيث انّ التصرّف المسقط للخيار هل هو التصرّف الدّال على الرّضا الفعلى خاصّة أو يعمّه و التصرّف الغير الدالّ عليه بمعنى انّ مطلق التصرّف مسقط للخيار و اخرى من حيث انّه هل يعتبر فى إسقاط التصرّف للخيار قصد الإسقاط أو يعمّه و ما إذا قصد الاستخبار أو الحفظ و ما إذا لم يقصد شيئا أصلا و قد مال المحقّق الأردبيلى (- ره-) الى انّ التصرّف (- مط-) مسقط و إن كان بقصد الاستخبار و الحفظ و تبعه صاحب الكفاية بل و صاحب (- ئق-) فى التصرّف بقصد الاستخبار دون التصرّف بقصد الحفظ و نظرهم فى التّعميم إلى إطلاق النّصوص بل عموم بعضها المقتضى لعدم الفرق بين أقسام التصرّف و ان ذكر بعض افراد العامّ أو المطلق للتمثيل لا يقضى بالتّخصيص و التقييد بهما سيّما إذا كان فى كلام السّائل كالمكاتبة و المناقشة بظهور صحيحى ابن رئاب فى اختصاص الحدث بما لا يشمل التصرّف النّاقل إذ المثال انّما هو ما ماثله ضعيفة ضرورة انّ ذلك و ان لم يكن من الصّنف المذكور لكنّه اولى قطعا و الّذى يقتضيه النّظر عاجلا هو دوران السّقوط مدار التصرّف الدالّ عرفا على الرّضا بالبيع كما يكشف عن ذلك تقييد النّظر فى صحيح ابن رئاب بما إذا كان الى ما يحرم النظر اليه على غير المالك و تقييد ركوب ظهرها فى صحيح الصفّار بما إذا كان فراسخ فإنّه مع ذلك لا يبقى وثوق بإطلاق الحدث فى النّصوص بحيث يشمل التصرّفات المختصرة الّتى تصدر من غير المالك (- أيضا-) و التصرّفات المتوقّف عليها حفظ الدابّة و مع عدم الوثوق بالإطلاق المذكور لا يبقى ما يثبت به كون كلّ تصرّف مسقطا تعبّدا بل تكون الأخبار مسوقة لبيان إسقاط التصرّف الكاشف عن الرّضا للخيار فيكون إسقاطا فعليّا و لو شكّ فى إسقاط غيره كان استصحاب الخيار محكما كما انّه المرجع فيما توقّف العرف فى كشفه عن الرّضا و عدمه فتدبّر جيّدا

قوله طاب ثراه بان مثل (- اه-)

متعلّق بقوله معلّلا و قوله بانّ المسقط متعلّق بقوله استضعف اى استضعف التّعليل المذكور بانّ المسقط مطلق التصرّف

قوله طاب ثراه توجب زهادة المشترى (- اه-)

قال فى المصباح زهد فى الشيء و زهد عنه (- أيضا-) زهدا و زهادة بمعنى تركه و اعرض عنه الى ان قال و قال الخليل الزّهادة فى الدّنيا و الزّهد فى الدّين انتهى

قوله طاب ثراه فهو لا يناسب إطلاقهم (- اه-)

قلت عدم مناسبته لإطلاقهم متين و لكن ذلك لا يستلزم رفع اليد عن مفاد الدّليل و لا مانع من الأخذ به و المناقشة عليهم بعدم صحّة إطلاقهم

قوله طاب ثراه يحتمل وجوها (- اه-)

قلت الوجوه و الاحتمالات فى ذلك كثيرة لكن الأظهر هو ما فى المتن من الاحتمال الرّابع لما مرّ

قوله طاب ثراه فانّ الظاهر منها عدم السّقوط بالتصرّف للاختبار و الحفظ (- اه-)

(۱۱) فيه انّ الحكم بعدم السّقوط بذلك لا ينافى الاحتمالين الأوّلين بعد وجود القرينة على خروج هذين النّوعين من التصرّف من حيث انّه لو كان كلّ تصرّف حتّى هذين مسقطا لزم كون مورد الخيار فى غاية النّدرة لعدم انفكاك استرداد الحيوان من التصرّف فيه فى الثلاثة فدلّ على انّ المراد بالتصرّف هو التصرّف المتوقّف على الملك الغير المباح لغير المالك إلّا بالاذن و الرّخصة فتدبّر

قوله طاب ثراه و ورود النصّ (- أيضا-) (- اه-)

(۱۲) عطف على قوله حكم بعضهم أى يؤيّده ورود النصّ به و وجه التأييد جعله عليه السّلام العرض على البيع مسقطا مع دلالته على الرّضا مع عدم كونه من التصرّف عرفا و أراد بالنصّ ظاهرا ما رواه الكلينى (- ره-) عن علىّ بن إبراهيم عن أبيه عن النّوفلى عن

السّکونی عن أبی عبد اللّه علیه السّلام

ص: ۵۲

انّ أمير المؤمنين صلوات اللّه و سلامه عليه قضى فى رجل اشترى ثوبا بشرط الى نصف النّهار فعرض له ربح فأراد بيعه قال ليشهد انّه قد رضيه ثمَّ ليبعه ان شاء فان اقامه فى السّوق و لم يبع فقد وجب عليه و موضع الدّلالة ذيله لكن لا إطلاق فيه كما توهّم لانّه عليه السّلام أمره أوّلا بإقامة الشّاهد على إسقاط الخيار و إنفاذ البيع و حكمه (-ع-) بوجوب البيع عليه بالإقامة فى السّوق لعلّه ليس لاقتضاء الإقامة فى السّوق اللّزوم بل لإسقاطه الخيار و إنفاذه البيع

قوله طاب ثراه و ممّا يؤيّد عدم إرادة الأصحاب (- اه-)

هذا تأييد للوجه الثّالث و فيه انّ التعدّى انّما هو لتنقيح المناط و هو الدّلالة على الرّضا و لو نوعا و اين ذلك من إفادة دلالة الخبر على ذلك فتأمّل

قوله طاب ثراه فتعيّن ارادة الوجه الثّالث (- اه-)

لا يخفى عليك انّه يبعد هذا الوجه انّ تقدير الغلبة فى العبارة على النحو الّذى ذكره خلاف الأصل و تأييده بحكم بعضهم بكفاية الدالّ على الرّضا و ان لم يعد تصرّفا كتقبيل الجارية للمشترى لا وجه له و لا تأييد فيه ضرورة انّ القبلة من أعظم التصرّفات و الّا لجاز لغير المالك ارتكابه و التّالى باطل بالضرورة فالمقدّم مثله

قوله طاب ثراه ذيل عبارة المقنعة الّا ان يحدث فيه المبتاع حدثا يدلّ على الرّضا بالابتياع (- اه-)

أراد بالدّلالة الدّلالة بحسب نوعه و الشّاهد على ارادته هذا المعنى دون خصوص الفعليّة تمثيله فى مقام أخر للتصرّف بان ينظر من الأمة على ما يحرم لغير المالك و يعلم من ذلك انّه يمكن المناقشة فى دلالة كلام من اقتصر على مجرّد قوله يدلّ على الرّضا من حيث ظهوره فى الدّلالة الفعليّة أو احتماله لها كما نبّه على ذلك والدى العلّامة قدّس اللّه نفسه الزكيّة

قوله طاب ثراه فى عبارة (- ط-) و إذا كان فى طريق الردّ جاز له ركوبها (- اه-)

وجه الاستشهاد بهذا الكلام هو عدم دلالة هذه الأفعال بنوعها أى فى طريق الرّد على الرّضا

قوله طاب ثراه و امّا الاستشهاد لذلك (- اه-)

المشار اليه باسم الإشارة هو اعتبار الدّلالة على الالتزام و عدم كفاية مطلق التصرّف

قوله طاب ثراه ففيه ما سيجىء (- اه-)

أراد بما يجىء ما يذكره فى تلك المسئلة فى الأمر الرابع عند الردّ على المحقّق الأردبيلى (- ره-) و صاحب الكفاية بقوله و امّا بناء هذا العقد على التصرف فهو من جهة انّ الغالب الى ان قال أو من جهة تواطى المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرّف (- أيضا-) الى أخر ما يذكره هناك

قوله طاب ثراه مع انّ ترك العمل به لا يوجب ردّ الرّواية فتأمّل

استظهر الشّيخ الوالد قدّس اللّه تربته الزكيّة كون الأمر بالتأمّل للإشارة الى انّ عدم إيجاب ترك العمل ببعض الرّواية ترك العمل ببعضها الأخر انّما هو فيما إذا كان هناك كلامان متغايران فكان قيام القرينة على ترك أحدهما و حمله على صدوره من الرّاوى سهوا غير موجب لترك الأخر من حيث انّه خبر عادل و الأصل فيه عدم السّهو فيجب الأخذ به و ما نحن فيه ليس من هذا القبيل لانّ جواز ردّ أصل الشّاة مدلول التزامى لقوله يردّ معها ثلثة امداد و لا مجال لترك المدلول المطابقى و الأخذ بما هو لازمه مضافا الى انّه لا يكون من العمل ببعض الرّواية و ترك بعضها على الوجه المذكور حتّى يجرى أدلّة حجّية خبر الواحد بالنّسبة الى ما يراد الأخذ به

الثّالث خيار الشّرط

اشارة

قوله طاب ثراه و لا خلاف فى صحّة هذا الشّرط (- اه-)

قد نفى الخلاف فيه بين علمائنا فى (- كرة-) و الكفاية (- أيضا-) و نفى وجدان الخلاف فيه فى كشف الظّلام و ادّعى الإجماع عليه فى المصابيح بل ادّعى فى الجواهر كونه ضروريّا بين علماء المذهب

قوله طاب ثراه و لا فى انّه لا يتقدّر بحد عندنا (- اه-)

بل يتّبع ما يشترط انه من المدّة بلا خلاف و لا اشكال بل ادّعى الإجماع عليه فى (- ف-) و الانتصار و الغنية و (- كرة-) و غيرها و الأصل فى ذلك عمومات الشّروط و خصوص الأخبار الآتية فى جواز اشتراط ردّ مثل الثمن النّاطقة بجواز جعل المدّة سنة و ثلث سنين و قد أشار الماتن بالتقييد بقوله عندنا الى خلاف أبى حنيفة و الشّافعى و الثّورى حيث قالوا بأنّه لا يجوز اشتراط مدّة فى العقد تزيد على ثلثة أيّام مستدلّين بقول عمر ما أحلّ لكم أوسع ممّا جعل رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله لحنّان بن منقذ جعل له عهدة ثلثة أيّام ان رضى أخذ و ان سخط ترك و عن ابن عمر ان حنان بن منقذ اصابته امة فى رأسه فكان يخدع فى البيع فقال عليه السّلام إذا بايعت فقل لا خلابة و جعل له الخيار ثلثة أيّام و قوله لا خلابة عبارة فى الشرع عن اشتراط الخيار ثلاثا إذا اطلقاها عالمين بمعناها كان كالتصريح بالاشتراط و لانّ الخيار غرر ينافى مقتضى العقد و انّما جوّز لموضع الحاجة فجاز القليل منه الّذى تدعو الحاجة إليه فى الغالب و أخر حدّ القلّة الثّلثة لقوله تعالى فَيَأْخُذَكُمْ عَذابٌ قَرِيبٌ ثمّ قال تَمَتَّعُوا فِي دارِكُمْ ثَلاثَةَ أَيّامٍ و أجاز رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله للمهاجر ان يقيم بمكّة بعد قضاء مناسكه ثلثا و قال مالك يجوز فى ذلك قدر ما يحتاج اليه فإن كان المبيع من الفواكه الّتى لا تبقى أكثر من يوم جاز الخيار فيها يوما واحدا و إن كان ضيعة لا يمكنه ان يصل إليها إلّا فى أيّام جاز الخيار أكثر من ثلث لانّ الخيار انّما يثبت للحاجة إليه فجاز حسب الحاجة و قد أجاب فى (- كرة-) بعد نقل هذه الاستدلالات عنهم بأنّه لا عبرة بتحريم عمر فإنّه ليس أهلا لأنّ يحلّل أو يحرّم و جعل رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله لحنّان بن منقذ ثلثة أيّام لا يدلّ على المنع من الزّائد و لو كان الخيار مشتملا على غرر لما ساغ التّقدير بثلاثة أيّام و إذا كان الضّابط الحاجة وجب ان يتقدّر بقدرها كما قاله مالك و الغالب الحاجة الى الزيادة على الثلاثة و لمّا كانت الحاجة تختلف باختلاف الأشخاص و أحوالهم وجب الضّبط بما يعرفه المتعاقدان من المدّة الّتى يحتاجان إليها انتهى ما فى (- كرة-)

قوله طاب ثراه و الأصل فيه قبل ذلك أخبار العامّة (- اه-)

دلالة هذه الأخبار على المطلوب واضحة بعد وضوح عدم مخالفته للكتاب و عدم تحليله حراما و لا تحريمه حلالا و الاستشكال بمخالفة ذلك لمقتضى العقد لانّ مقتضاه هو اللّزوم فاشتراط جواز مخالف لمقتضاه مدفوع أوّلا بأنّه لو كان الخيار مخالفا لمقتضى العقد لما أثبته الشّارع بأسباب أخر و قد ثبت بالمجلس و الحيوان و غيرهما ممّا مرّ و يأتى و ثانيا بانّ اللّزوم مقتضى العقد المطلق لا المشروط جوازه فانّ مقتضاه (- ح-) الجواز و يتّضح ذلك بملاحظة ما مرّ فى جواب نظير هذا الإشكال عند الكلام فى سقوط خيار المجلس باشتراط سقوطه بقيت هنا نكتتان الأولى انّ علامة المصابيح (- ره-) قد تمسّك لصحّة اشتراط الخيار بالكتاب و يحتمل ان يريد به أيّة وجوب الوفاء بالعقود نظرا الى انّ العقد المشروط فيه الخيار عقد فيجب الوفاء به فتأمّل الثّانية انّ خيار الشّرط هل هو على وفق القاعدة أم لا قد يقال انّا ان قلنا بثبوت صحّة الخيار للمتعاقدين و لأحدهما مع رضاء الأخر و انّ فكّ العقد لهما كما انّ لهما ربطه من دون نظر الى الشّرط و غيره و انّه لا يزيد على الإقالة كان خيار الشّرط على وفق القاعدة لأنّ الشّرط قد

ص: ۵۳

تعلّق بفعل من أفعال المکلّفین و هو مباح فیکون ملزما ما کان جائزا و ان قلنا لیس الأمر (- ککک-) و انّ الخیار أمر غیر الإقالة و لهذا یسقط بالفعل إجماعا دونها فإنّه محلّ خلاف و انّه لا یصحّ لهما من دون سبب یقتضیه فان قلنا انّ الشّرط یثبت الغایات کما یثبت الأسباب و یقوم مقام العقود و الإیقاعات إلّا ما أخرجه الدّلیل لشمول قولهم علیهم السّلام المؤمنون عند شروطهم لذلک و ما یظهر من استدلالهم علیهم السّلام به علی ثبوت الغایات و ما یظهر من الأصحاب من انّ شرط تملیک العین أو المنفعة أو الإبراء أو سقوط الخیار و نحو ذلک علی وفق القاعدة و قلنا انّه لیس فی اشتراط مثل هذه الغایة منافات لمقتضی العقد الّذی قام الإجماع علی المنع منه کان خیار الشرط علی وفق القاعدة (- أیضا-) و المناقشة فی ذلک باستلزامه تجویز اشتراط الجواز فی العقود اللّازمة مدفوعة بعدم فساد التّالی و لو ثبت بإجماع و نحوه کان هو المخرج هذا و ان قلنا انّ فی شرط مثل هذه الغایة منافات لمقتضی العقد فان قلنا باقتضاء مخالفة الشّرط لمقتضی العقد بطلان الشّرط کان خیار الشّرط مخالفا لمقتضی القاعدة و غیر داخل تحت العمومات و الّا کان موافقا (- أیضا-) للقاعدة لکنّک قد عرفت ما فی دعوی مخالفة شرط الخیار لمقتضی العقد من السّقوط ضرورة انّ اللزوم مقتضی العقد المطلق لا المشروط بالخیار فان قلت انّ اللّزوم من مقتضیات ذات العقد و لو صحّ اشتراط جوازه لصحّ اشتراط ان یکون العقد اللّازم جائزا فی نفسه و لا یقولون به علی انّ بین عمومات الشّرط و بین ما دلّ علی لزوم العقد عموما من وجه و ترجیح احد الدّلیلین یحتاج إلی مرجّح و الترجیح بالأحادیث الخاصّة الواردة فی خیار الشرط و الإجماع المنقول نکوص عن القاعدة و اقتصار فیها علی المحلّ الخاصّ قلت أوّلا انّ اللّزوم من مقتضیات ذات العقد المطلق فلا مانع من لحوق الجواز بالاشتراط و استلزام تجویز اشتراط الجواز فی مدّة خاصّة لتجویز اشتراط الجواز مطلقا ممنوع و لذا تریهم یشترطون فی تجویز اشتراط الخیار کون المدّة مضبوطة فیعلم من ذلک انّ المنافی لمقتضی العقد اللّازم انّما هو اشتراط جوازه مطلقا لا اشتراط الجواز فی وقت دون وقت فتأمّل جیّدا و ثانیا انّه لا تعارض بین عمومات الشّروط و بین دلیل لزوم العقد بعد کون اللّزوم مقتضی العقد المطلق لا العقد المشروط فیه الخیار و الشّرط جزء من العقد فیجب الوفاء به ثمّ انّه قد یقال انّه بناء علی موافقة اشتراط الخیار للقاعدة بالتقریب الأوّل فإنّما هو خیار المتعاقدین و امّا خیار الأجنبی فإن جعلناه توکیلا أمکن دخوله تحت الضّابطة و حکم بتسریته فی جمیع العقود لانّه کما انّ للمتعاقدین الفکّ بأنفسهما فلهما التوکیل فی ذلک و ان جعلناه تحکیما کان مخالفا للضابطة لأنّه لیس للأجنبیّ قبل الشّرط الفکّ الّا علی سبیل التوکیل فیقتصر فیه علی مورد الدّلیل کما فی البیع لقیام الإجماع فیه و ان خلت روایات الباب منه الّا انّ ظاهر الأصحاب انّه تحکیم و انّه موافق للقاعدة و لذا صرّح فی باب الإجارة جماعة بجریانه فیها و الظّاهر انّ اقتصار من اقتصر منهم فیها علی ذکر اشتراط الخیار لهما أو لأحدهما و عدم ذکر الأجنبیّ اتّکال علی البیع لا إشارة إلی عدم جریانه فی ذلک ثمّ لا یخفی انّه علی التقریب الثّانی فی موافقة خیار الشّرط للقاعدة کما لعلّه الأظهر لا یختلف الحال فی جواز جعل الخیار لأجنبیّ بین کونه توکیلا أو تحکیما فتدبّر جیّدا

[مسألة لا فرق بین اتصال زمان الخیار بالعقد أو انفصاله]

قوله طاب ثراه لا فرق بین کون زمان الخیار متّصلا (- اه-)

هذا ممّا صرّح به فی (- عد-) و (- س-) و (- لک-) و (- الروضة-) و (- مع صد-) و المفاتیح و الکفایة و غیرها قیل و هو مقتضی إطلاق المدّة المتناولة للمتّصلة و المنفصلة فی المقنعة و (- یة-) و الوسیلة و الغنیة و (- ئر-) و (- یر-) و (- شاد-) و التبصرة و اللّمعة و الانتصار و غیرها

قوله طاب ثراه و استدلّ له (- اه-)

الضّمیر المجرور یعود إلی الشافعی

قوله طاب ثراه مع انّه کما فی (- کرة-) منتقض بخیار التأخیر و الرّؤیة (- اه-)

قال الشيخ الوالد قدّس سرّه انّه يستفاد منه انّ خيار الرؤية كصاحبه انّما يحدث عند رؤية المبيع الموصوف و وجدانه مخالفا للوصف و لازمه انّه لا يجوز إسقاطه بعد العقد و قبل الرّؤية لأنّه إسقاط ما لم يجب بقى هنا أمر ينبغى التعرّض له و هو انّه قال فى مفتاح الكرامة هل يجوز ان يجعل الخيار لنفسه مدّة فإذا انقضت فأخرى جوّزه المصنف (- ره-) و الشهيد الثانى فى (- لك-) و صاحب الكفاية و احتمله الشهيد (- ره-) فى (- س-) احتمالا- و كأنّه استظهر الاتّحاد من إطلاق الأكثر لكنّ المقتضى لجواز الانفصال مدّة واحدة مقتض لجوازه متعاقبا و قد قطع فى (- س-) بالأوّل و قرب فى (- ير-) الصّحة فيما لو شرط الخيار شهرا يثبت يوما و لا يثبت يوما فيكون الخيار خمسة عشر يوما و احتمل صحّته فى اليوم الأوّل و بطلان العقد و لعلّه للتّدافع لانّ قوله لى الخيار شهرا يقتضى ان يكون تمام الشّهر و قوله يوما و يوما لا يقتضى نصفه فتأمّل و يحتمل الصّحة شهرا فى ضمن شهرين على ان يكون شهرا مفعولا به لا مفعولا فيه و لو قال ولى الخيار فى شهر يوما و يوما لا تعيّن الخمسة عشر انتهى و مقتضى الإطلاق الجواز فى الجميع و التدافع بين قوله لى الخيار و قوله يوما و يوما لا ممنوع لانّ الكلام انّما ينتظر بآخره فقوله يوما و يوما لا قرينة على كون مراده بالشهر تمامه كى يدافع جعله ليوم دون يوم و لعلّه إلى ذلك أشار فى مفتاح الكرامة بالأمر بالتأمّل

قوله طاب ثراه بطل بلا خلاف (- اه-)

قد ادّعى الاتفاق عليه فى (- لك-) و ادّعى الإجماع عليه فى المصابيح و مفتاح الكرامة و كشف الظّلام و خيارات الفقيه الغروى و المستند و غيرها

قوله طاب ثراه لصيرورة المعاملة (- اه-)

هذا احد الوجوه المستدلّ بها و الثّانى ما تمسّك به فى المصابيح من انّ العقود شرعت لقطع موارد الاختلاف و الإناطة بالمختلف مثار الاختلاف و هو كما ترى تمسّك بالحكمة فلا حجّة فيه و قد يجاب بانّ الشّرط كالصّلح يغتفر فيه من الجهالة ما يغتفر فى الصّلح فتأمّل

قوله طاب ثراه لا يسلّم إلى دياس و لا إلى حصاد (- اه-)

قال فى الوافى الدّياس دق الطعام بالغدان فيخرج من السّنبل و الحصاد قطع الزّرع بالمنجل انتهى و فى مجمع البحرين الدّائس هو الذى يدوس الطّعام و يدقّه ليخرج الحبّ من السّنبل و هو الدّياس قلبت الواو ياء لكسرة الدال و منه حديث فى السّلم لا يسلّم إلى دياس و لا إلى حصاد

قوله طاب ثراه و ربّما يستدلّ على ذلك (- اه-)

هذا هو الوجه الثّالث من الوجوه المستدلّ بها و المستدلّ هو كاشف الظلام و بعده صاحب الجواهر

قوله طاب ثراه و فيه ان كون البيع بواسطة (- اه-)

أراد بذلك انّ الواقع هنا كون البيع غرريّا من جهة اشتماله على الشّرط المجهول الموجب لذلك فهو الموصوف بكونه غرريّا لا الشّرط فيكون البيع مخالفا للسنة لما روى من انّ النبى (- ص-) نهى عن بيع الغرر لا نفس الشّرط كما هو مدّعى المستدلّ و لهذا تمسك (- المص-) (- ره-) قبل هذا بصيرورة المعاملة بذلك غرريّة

قوله طاب ثراه فيشمله دليل نفى الغرر (- اه-)

أراد به ما روى من انّ النبى صلّى اللّه عليه و آله نهى عن الغرر و ليس فى هذه الرّواية لفظ البيع و لكن لم يتحقّق انجبارها فتأمّل

قوله طاب ثراه لكن لا يخفى سراية الغرر (- اه-)

يعنى انّه يصدق على نفس البيع المشتمل على الشرط الّذى هو

ص: ۵۴

مجهول و مصداق للغرر انّه غرر فيكفى فى الاستدلال عليه انّه بيع الغرر و انّ النبى صلّى اللّه عليه و آله نهى عن بيع الغرر فيكون الاستناد فى فساده إلى فساد شرطه المخالف للكتاب

[مسألة لا فرق فى بطلان العقد بين ذكر المدة المجهولة و بين عدم ذكر المدة أصلا]

قوله طاب ثراه مسئلة لا فرق فى بطلان العقد (- اه-)

اضافة البطلان إلى العقد تفيد إيراث جهالة مدّة الشرط بطلان العقد (- أيضا-) فضلا عن الشّرط و ذلك ممّا صرّح به جمع و حكى فى مفتاح الكرامة عن ابى على و الشيخ و القاضى و ابنى زهرة و إدريس القول ببطلان الشّرط دون العقد و استدلّ لهم بالأصل و عموم الكتاب و السّنة و إجماع الغنية و انّه (- ص-) أبطل ما شرط على عائشة من انّ ولاء بريرة لمولاها و أجاز العقد و بلزوم الدّور ثمّ قال و الأصل معارض بمثله و مقطوع بغيره و الإجماع موهون و الخبر ضعيف و العموم انّما يتناول ما لم يعلم فساده و الثّمن هنا مجهول لما عرفته من تطرّق الجهالة إليه فكان العقد فاسدا ثمّ انّ العموم مقيّد بالتّراضى و لا تراضى الّا على الشرط الفاسد و الدّور معى لا تقدّمى انتهى و أقول ان كانت نسبة القول باختصاص البطلان فى الفرض أيضا بالشرط لوجدانه التّصريح منهم به هنا و الّا كما هو الظّاهر فالنسبة محلّ مناقشة إذ لا أظنّ تصحيح العقد هنا حتى من القائلين بعدم فساد العقد بفساد شرطه ضرورة انّ فساد الشّرط هنا انّما هو لإيراثه فساد العقد بالغرر لا بسبب أخر كى يمنع سراية الفساد منه إلى العقد و بعبارة أخرى لا قائل منهم بصحّة البيع الغررى فإذا كان إفساد الشّرط للغرر لزمهم إفساد العقد و امّا الأصل الّذى تمسّك به لهم فالظّاهر انّ المراد به أصالة عدم فساد العقد اللّازم و ردها (- ح-) بالمعارضة لا وجه له كما هو ظاهر بل اللّازم ردّها بانّ العقد و الشرط يقعان فى ان واحد فلا صحة للعقد سابقة على فساد الشّرط كى تستصحب و لعلّ المراد بالدّوران فساد الشّرط يتوقّف على مخالفته العقد فلو توقّف فساد العقد على فساد الشّرط لزم الدّور و (- ح-) فالجواب انّ فساد الشرط كما ينشأ من مخالفته لمقتضى العقد فكذا ينشأ من المخالفة للكتاب و السّنة و لو سلّم فالمتوقّف عليه فساد الشّرط انّما هو المخالفة لمقتضى العقد و المتوقّف فساده على فساد الشرط انّما هو نفس العقد ثمّ انّه لو ذكر الخيار فى مدة مجهولة ثمّ أسقطاه بعد العقد و اختار الإمضاء لم ينقلب صحيحا لانّه وقع فاسدا فلا عبرة به و الأصل بقاء المال على ملك بايعه و لم يوجد مزيل عنه فبقى على حاله كما نبّه على ذلك فى (- كرة-) ثمّ انّه لا يشترط تعيين المدّة بالأيّام فلو عيّنها بالشهر أو السّنة أو إلى العيد الفلانى جاز و ان احتمل الزّيادة و النّقصان بحسب الأيّام من جهة نقصان الشهور كما صرّح بذلك فى المستند لأصالة عدم الاشتراط و للأخبار الآتية فى شرط الفسخ عند ردّ مثل الثمن حيث انّ المدّة فيها السنة و السّنين المراد بها الهلاليّة قطعا و لو سلّم فتركه عليه السّلام الاستفصال بين كونها هلاليّة أو عدديّة كاف فى إثبات المطلوب

قوله طاب ثراه لاستواء الكلّ فى الغرر (- اه-)

بل الغرر فى صورة عدم ذكر المدّة أصلا أو ذكر المدّة المطلقة أظهر لأنّ الإطلاق أو غل فى الجهالة فيكون اولى بالمنع مضافا الى انّه لو صحّ فامّا ان يدوم الخيار و هو باطل بالإجماع أو يخصّ بمعيّن و هو تحكّم و تخصيص من غير مخصّص فتعيّن المطلوب و من هنا افتى بالبطلان فى صورة عدم ذكر المدة أصلا فى (- ط-) و المراسم و (- كرة-) و (- عد-) و (- لف-) و (- لك-) و الكفاية و محكى (- ير-) و غاية المرام و غيرها بل فى الرّياض انّه الأشهر بين المتأخّرين و فى الكفاية و المستند و المقابيس انّه الأشهر و عزّاه بعضهم الى علم الهدى (- ره-) و أنكره عليه اخرون نظرا إلى انّ صريحه فى الانتصار خلافه و أنت خبير بأنّ صراحة عبارة الانتصار لا ينتفى اختياره لذلك فى محلّ أخر و ربّما استظهر بعضهم هذا القول من الوسيلة و (- ئر-) و (- يع-) (- فع-) و الجامع و لعلّ ذلك لاعتبارهم تعيين المدّة و لكن لا يخفى عليك انّ اشتراط تعيين المدّة انّما يدلّ على قدح المدّة الغير المعيّنة و اين ذلك من اشتراط المدّة المعيّنة حتّى يقتضى البطلان عند إهمال المدّة أصلا

قوله طاب ثراه خلافا للمحكى عن المقنعة (- اه-)

و هو خيرة المصابيح و كشف الظلام و الجواهر و عن الشهيد فی (- س-) الميل إليه

قوله طاب ثراه فجعلوا مدّة الخيار فی الصّورة الأولى ثلثة أيّام و يحتمل حمل الثانية عليها (- اه-)

هكذا وجدنا العبارة فی عدة فسخ و حقّ التّعبير ابدال الأولى بالثانية و الثانية بالثالثة و لو أبقيناها على ما وجدناها لزم توجيهها بما فی حاشية الشّيخ الوالد قدس سرّه من قوله أراد يعنى المصنّف (- ره-) بالصّورة الأعلى عدم ذكر المدّة أصلا و بالثانية ذكر المدّة المطلقة كان يقول بعتك على ان يكون لی الخيار مدّة و السرّ فی ذلك انّه و ان كانت الصّور الّتی ذكرها هنا ثلثا أولها ذكره المدّة المجهولة كقدوم الحاج الّا انّ حكم الأولى لمّا كان ممّا تقدّم فی المسئلة السّابقة و كان عقد هذه المسئلة لبيان الأخيرتين كما يشهد به جعله الصّورة الأولى مقيسا عليها بالتّصريح على الفرق بينها و بين الأخيرتين من جهة تقدّم العلم بها سابقا جعل الأولى عبارة عن أولى الأخيرتين المقصودتين بالبيان و الثانية عبارة عن ثانيتهما ثمّ استشهد (- قدّه-) لما ذكره بما فی مفتاح الكرامة من جعل خلافهم فی عدم ذكر المدّة أصلا و احتمال إلحاق صورة ذكر المدّة المطلقة بها

قوله طاب ثراه و عن الانتصار و الغنية و الجواهر الإجماع عليه (- اه-)

قد وقع التمسّك لما افتى به الجمع المتقدّم ذكرهم بوجوه أحدها الإجماع تمسّك بالمحصّل منه فی (- ف-) و الانتصار و الغنية و جواهر الفقه قال فی (- ف-) من ابتاع شيئا بشرط الخيار و لم يسمّ وقتا و لا أجلا بل أطلقه كان له الخيار ثلثة أيّام و لا خيار له بعد ذلك ثمّ نقل أقوال العامّة ثمّ قال دليلنا إجماع الفرقة و اخبارهم انتهى و قال فی الانتصار و ممّا انفردت به الإماميّة القول بانّ من ابتاع شيئا و شرط الخيار و لم يسمّ وقتا و لا أجلا مخصوصا بل أطلقه إطلاقا فإنّ له الخيار ما بينه و بين ثلثة أيّام ثمّ لا خيار له بعد ذلك و باقى الفقهاء يخالفون فی ذلك إلى ان قال دليلنا على صحّة ما ذهبنا إليه الإجماع المتكرّر انتهى و قال فی الغنية فإن شرط الخيار و لم يعيّن مدّة اعتبر بها يعنى بالثّلاثة بدليل الإجماع المتكرّر انتهى و قال فی جواهر الفقه مسئلة إذا باع غيره بشرط الخيار و لم يعيّن أجلا و لا وقتا بل أطلق على ذلك إطلاقا هل يصحّ له الخيار أم لا الجواب الخيار يصحّ ثلثة أيّام فإذا مضت الثلاثة لم يكن له خيار لأنّ إجماع الطّائفة عليه انتهى و تمسّك فی المصابيح بهذه الإجماعات المنقولة و نحن فی ريب من حصول الإجماع و فی شكّ من حجيّة منقولة الثّانی ما تمسّك به فی الانتصار و الغنية من انّ الثلث هی المدّة المعهودة فی الشريعة لضرب الخيار و الكلام إذا أطلق حمل على المعهود و فيه نظر ظاهر لمنع معهوديّة الثّلث مطلقا بل فی الحيوان خاصّة الثالث ما أرسله فی (- ف-) من اخبار الفرقة تمسّك به فی المصابيح قائلا انّه لا يقصر عن مراسيل كتب الحديث و ان خلوها عنها لا يقدح فيها فإنّها لم توضع على الاستقصاء التامّ و الّا لتكاذبت فيما انفردت و الحجّة فيما أورده فی أیّ موضع ذكروه و قد أشار (- المص-) (- ره-) الى جوابه بقوله فيما يأتی عن قريب كأنّ الظّاهر بقرينة عدم تعرّض الشّيخ (- ره-)

ص: ۵۵

الرّابع ما أشار اليه مع جوابه المصنّف (- ره-) بقوله نعم قد روى فى كتب العامّة ان حنان (- اه-) الخامس الأصل تمسّك به بعضهم و لم افهم المراد به الّا ان يريد أصالة عدم قدح الإطلاق و فيه فى قبال النّهى عن بيع الغرر ما لا يخفى السّادس إطلاق أو عموم اخبار لزوم الوفاء بالشّرط و فيه انّ أدلّة الغرر قد خصّت الشّروط بما لا يوجب جهالة أحد العوضين و لا ريب فى اقتضاء الإطلاق الجهالة و الغرر السّابع ما تمسّك به بعضهم من انّ أفعال المسلمين و أقوالهم محمولة على ما هو الصّحيح و أنت خبير بانّ الحمل على الصّحيح انما يلزم إذا أمكن بأن كان له محمل صحيح و المفروض هنا عدمه الثّامن قوله عليه السّلام فى الصّحيح المتقدّم فى محلّه الشّرط فى الحيوان ثلثة أيّام للمشترى اشترط أو لم يشترط تمسّك به فى المصابيح بتقريب انّه يدلّ بالفحوى على انّ الشّرط فى غيره ثلثة مع الشّرط و المراد به امّا اشتراط الثلاثة أو مطلق الشرط و الأوّل غير مناسب لاطّراد الحكم فى كلّ عدد فيراد الثانى و يكون المعنى ثبوت الثلاثة إذا أطلق الخيار و هو المطلوب كذا أفاد و أنت خبير بما فيه لانّه لا ينطبق على شىء من الدّلالات الثلث فالتقريب المذكور أشبه شىء باستفادة الحكم من الخبر بالرّمل و الأسطرلاب

قوله طاب ثراه و قواه بعض المعاصرين

المراد به هو صاحب الجواهر (- ره-)

قوله طاب ثراه و كان التحديد تعبّديّا نظير التحديد الوارد فى بعض الوصايا المبهمة أو يكون حكما شرعيّا ثبت فى موضع خاص (- اه-)

قال والدى الشيخ العلّامة أنار اللّه برهانه انّ الفرق بين الأمرين واضح فإنّ الأوّل تحديد للموضوع تعبّدا كما فى تفسير لفظ الجزء الموصى به بالعشر و الثانى إمهال لذى الخيار المجهول تفضّلا مدّة ثلثة أيّام و جعل خيار له فيها من دون نظر إلى انّ المراد باللّفظ المجهول ما ذا و قد علم ممّا ذكرنا انّ الضمير المرفوع فى آخر الكلام المخبر عنه بإهمال مدّة الخيار عائد إلى الموضوع الخاص

قوله طاب ثراه و الحاصل انّ الدّعوى فى تخصيص أدلّة نفى الغرر (- اه-)

هذا الحاصل الّذى ذكره بمنزلة الصّغرى و قد ضمّ اليه ما بعد قوله و الانصاف ممّا هو كبرى و محصّل مجموعهما انّه لا بدّ فى التخصيص من دليل و لا دليل هنا فينتفى التّخصيص

قوله طاب ثراه إذ نعلم إجمالا انّ المجمعين اعتمدوا على دلالات اجتهاديّة استنبطوها من الأخبار (- اه-)

يعنى أنّهم استنبطوها من اخبار أخر غير ما أشار إليها الشّيخ (- ره-) فلا يكون إجماعهم المدّعى كاشفا عن الأخبار الّتى أشار إليها و لا ناظرا إليها فيكون التّعويل على نفس الإجماع الجابران صلح للتّعويل عليه ثمّ انّه أشار إلى توهين الإجماع المدّعى فى المقام بأنّ إجماعات القاضى و ابن زهرة مستندة غالبا إلى إجماع السيّد فى الانتصار

قوله طاب ثراه نعم قد روى فى بعض كتب العامّة ان حنان (- اه-)

الوجه فى هذا الاستدراك ما تقدّم فيما حكيناه عن (- كرة-) من ان عمر قال ما أحلّ لكم أوسع ممّا جعل رسول اللّه (- ص-) لحنان بن منقذ بملاحظة انّه يستفاد منه ان حنان مع كونه كان يخدع فى البيع لم يزد له رسول اللّه (- ص-) فى جعل الخيار له على ثلثة أيّام فغيره أولى بان لا يكون له الخيار فى أزيد من ذلك

قوله طاب ثراه و فى دلالته فضلا عن سنده ما لا يخفى (- اه-)

علّل فى الجواهر عدم الدّلالة بأنّه ذكر فى (- كرة-) ان لا خلابة عبارة فى الشّرع عن اشتراط الخيار ثلثا فإطلاقها مع العلم بمعناها كالتصريح و (- ح-) فلا يتأتّى من الحديث المذكور الدّلالة على حكم من لم يصرّح بتعيين المدّة لكن يبقى هنا شىء و هو انّ (- المص-) (- ره-) قال انّ الخلابة الخديعة و ذلك لا ينطبق على ما فى (- كرة-) الّا ان نقول انّ ما ذكره (- المص-) (- ره-) انّما هو معنى الخلابة بحسب الأصل و ان صار فى الشرع عبارة عمّا فى (- كرة-) كما افاده الوالد العلّامة قدس اللّه روحه الزكيّة

قوله طاب ثراه ثمَّ انّه ربّما يقال ببطلان الشّرط دون العقد (- اه-)

قد تقدّم نقل القول المذكور و قائله و دليله و ردّه فى شرح صدر عبارة المصنف (- ره-) فى هذه المسئلة فراجع

[مبدأ خيار الشرط من حين العقد]

قوله طاب ثراه مبدأ هذا الخيار من حين العقد (- اه-)

هذا ممّا افتى به فى (- يع-) و (- كرة-) و (- لف-) و (- شاد-) و التنقيح و (- لك-) و مجمع الفائدة و المصابيح و كشف الظلام و خيارات الفقيه الغروىّ و المستند و محكى (- ير-) و غاية المرام و تعليق (- شاد-) و تلخيص الخلاف و غيرها و حجّته هى ما تقدّم من حجج القول بكون مبدء خيار الحيوان من حين العقد حرفا بحرف فراجع

قوله طاب ثراه و عن الشيخ و الحلّى انّ مبدئه من حين التّفرّق (- اه-)

قالا بذلك فى صورة الإطلاق خلافا لمن مر و عبارة (- ف-) و (- ط-) و (- ئر-) صراح فيما غراه إليهما و وافقهما فى ذلك السيّد ابن زهرة فى الغنية و حجّتهم هى ما مرّ فى المسئلة المشار إليها من حجج القول بكون مبدء خيار الحيوان من حين التفرّق و يردّها ما مرّ هناك مضافا إلى ما أشار إليه الماتن (- ره-) بقوله نعم يمكن ان يقال هنا (- اه-) و ربّما فصل سيّدنا فى مفتاح الكرامة فيما لو كان المبيع حيوانا بقوله و تنقيح ذلك ان يقال إذا شرط مشترى الحيوان شرطا فامّا ان يكون انقص من الثلاثة أو أزيد أو مساويا و امّا ان يكونا عالمين أو جاهلين أو بالتّفريق و الظّاهر تأخير خيار الشّرط عن خيار الحيوان حيث يكونان عالمين مع قصر الشرط و تساوى المدّتين عملا بالعرف و لو زاد الشرط احتمل التّفصيل فيتأخر فى مثل الأربعة و الخمسة و يتصل فى نحو الشهر و الشهرين عملا بمقتضى العرف و يحتمل الاتّصال (- مط-) و التّأخير (- مط-) و ان علم به البائع فقط و علم انّ المشترى لا يعلم أو كان الأمر بالعكس كذلك فاحتمال البطلان فيهما قائم و امّا إذا كانا معا جاهلين و شرطا ثلثة أيّام أو أكثر أو أقلّ فاحتمالات و لا مجال فيها للبطلان فإنّ الصحيحة الشّاهدة بصحته شاهدة باتّصاله انتهى و أشار بالصّحيحة إلى الصّحيح الّذى رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن عدة من أصحابه عن سهل بن زياد و احمد بن محمّد جميعا عن ابن محبوب عن ابن سنان يعنى عبد اللّه قال سألت أبا عبد اللّه عليه السّلام عن الرّجل يشترى الدابة أو العبد و يشترط إلى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك فقال عليه السّلام على البائع حتّى ينقضى الشرط ثلثة أيّام و يصير المبيع للمشترى و التقريب انّه قد دلّ على انّ خيار الشرط اعنى اليوم و اليومين داخل فى خيار الحيوان و الّا لجعلهما بعد خيار الحيوان و يرشد إليه انّه عليه السّلام قال فيه (- أيضا-) و إن كان بينهما شرط أيّاما معدودة فهلك فى يد المشترى قبل ان يمضى الشرط فهو من مال البائع إذ الظاهر من الأيام المعدودة انها أكثر من ثلثة و فى المسئلة احتمالان اخران أحدهما بطلان الشّرط لأنّه إذا لم يعيّن مبدئه كان كما لو لم يعيّن منتهاه فى إيراث جهالة المدّة و فيه انّ الانصراف يزيل الجهالة و الأخر الرّجوع فى ذلك إلى قصد المتبايعين فان اتّفق قصدهما بأن أراد كون المبدء من حين العقد و من حين التفرّق أو بعد الثلاثة فى الحيوان اتّبع و ان اختلفا تحالفا و فسد الشّرط و تبعه العقد و فيه انّه ليس مخالفا لما مرّ من القولين لانّ النظر فيهما إلى ظاهر الحال و هنا إلى الواقع فتأمّل

قوله طاب ثراه لكن لو تمَّ هذا لاقتضى كونه فى الحيوان من حين انقضاء الثلاثة (- اه-)

يعنى انّ التعليل المذكور على تقدير تماميّته تقتضى ان يكون مبدء خيار الشّرط المجعول فى الحيوان من

ص: ۵۶

المتعاقدين أو من أحدهما مع قبول الأخر من حين انقضاء الثّلثة لان الثّلثة ليست زمانا يلزم فيه العقد لو لا الخيار المشترط

[مسألة صحة جعل الخيار للأجنبى]

اشارة

قوله طاب ثراه يصحّ جعل الخيار لأجنبيّ (- اه-)

لا ريب جواز اشتراط الخيار للبائع أو للمشترى أو لهما أو لأجنبيّ متحدا أو متعدّدا منفردا أو مع البائع أو مع المشترى أو معهما مع التّوافق فى المدّة أو التخالف أو معهما فى ذلك العقد أو غيره أو فيهما مع قيد الاجتماع فيه أو عدمه أو الاختلاف متّصل أو منفصل أو مختلف مع سبق الاتّصال أو الانفصال أو متّصل فى البائع و منفصل فى المشترى و ما عداه أو متّصل فى المشترى و منفصل فيما عداه أو لهما (- ككك-) أو للأجنبى مع أحدهما أو معهما (- ككك-) و الأقسام كثيرة جدّا و الوجه فى جواز الجميع عموم أدلّة الشّرط و قد نفى فى الكفاية و الرّياض و كشف الظّلام و الجواهر و غيرها الخلاف فى جواز جعل الخيار لأجنبيّ

قوله طاب ثراه فى عبارة (- كرة-) و شرط الخيار للعبد (- اه-)

الوجه فى صحّة البيع و الشّرط عموم الشروط و العقود و ربّما بنى بعضهم الوجهين على انّ العبد يملك مثل هذا الحق أم لا و يجاب بأنّه لا مانع من الصّحة على القول بعدم ملكه (- أيضا-) غاية ما هناك انّه بناء على ملكه له يكون الخيار له و على عدم ملكه يكون لمولاه و لا بأس به و الأظهر صحّة جعل الخيار له للعموم و ملكه له و اللّه العالم

قوله طاب ثراه و حكى عنه الإجماع فى الأجنبى (- اه-)

الحكاية فى محلّها لانّه قال فى (- كرة-) هل يجوز جعل الخيار لأجنبيّ ذهب علمائنا اجمع إلى جوازه و انّه يصحّ البيع و الشّرط و به قال أبو حنيفة و مالك و احمد و الشافعى فى أصحّ القولين لانّه خيار يثبت بالشّرط للحاجة و قد تدعو الحاجة إلى شرط للأجنبيّ لكونه اعرف بحال المعقود عليه و لانّه يصحّ ان يشترطاه لأحدهما دون الأخر فلذلك صحّ ان يشترطاه للأجنبيّ و للشّافعى قول انّه لا يصحّ و يبطل البيع معا لانّه خيار ثبت فى العقد فلا يجوز شرطه لغير المتعاقدين كخيار الردّ بالعيب و الفرق انّ خيار العيب يثبت من جهة الشّرط بخلاف المتنازع انتهى و قد ادّعى الإجماع فى المصابيح و الجواهر (- أيضا-) و حكى فى الرّياض عن (- ف-) و الغنية (- أيضا-) دعوة أو لم أعثر عليه فيهما

قوله طاب ثراه فى عبارة الوسيلة و ان لم يجتمعا بطل (- اه-)

كان وجه عدم الاعتبار بفسخ أحدهما فهم الاجتماع من الإطلاق و فيه نظر ظاهر

قوله طاب ثراه فى عبارة الوسيلة (- أيضا-) و إن كان لغيرهما نفذ البيع و كان المبتاع بالخيار (- اه-)

لا يخفى عليك انّ صرفه الخيار عند فسخ الأجنبيّ المشروط له إلى المشترى لا وجه له يظهر بل فيه نظر أمّا أوّلا فلما فى (- لف-) من انّه إذا جعل الخيار لأجنبيّ لم يكن لأحد المتبايعين خيار فان اختار الأجنبيّ الإمضاء نفذ و ان اختار الفسخ انفسخ و لا عبرة بالمتبايعين و امّا ثانيا فلانّ جعل رأى الأجنبيّ نافذا فى الإمضاء و الرّضا دون الفسخ تحكّم بعد جعل خيار الفسخ و الإمضاء كليهما اليه و كون الأوّل موافقا لمقتضى القاعدة دون الثّانى و لا يصلح فارقا و امّا ثالثا فلانّ تخصيص المشترى بانصراف الخيار اليه دون البائع ليس له وجه مع فرض حصول الشرط منهما و من هنا جزم جماعة بمضىّ فسخه كامضائه و قد حكاه بعضهم عن (- ف-) و (- ط-) و (- كرة-) و (- ير-) و (- شاد-) و اللّمعة و (- لك-) و (- الروضة-) و كنز الفوائد و مجمع الفائدة أو غيرها و النّسبة فيما وقفنا عليه منها و هو الأغلب فى محلّها بل نفى فى مفتاح الكرامة وجدان الخلاف فيه الّا من ابن حمزة و قد يحكى عن الشّهيد (- ره-) فى (- س-)

القطع باستقلال الأجنبىّ إذا انفرد و احتمال تقديم ما صدر منه مع الاجتماع فى الشّرط مع المتبايعين أو أحدهما و الاختلاف فى الفسخ و الرّضا وليته قطع بتقديم فعله (- ح-) كما قطع باستقلاله فى صورة الانفراد و ذلك لانّه مقتضى ذكرهما له و اشتراطهما الخيار له معهما فتأمّل

قوله طاب ثراه ثمَّ انّه ذكر غير واحد (- اه-)

أشار بهذه العبارة إلى الوجهين فى كون اشتراط الخيار للأجنبىّ من كونه توكيلا أو تحكيما و كلّ من الوجهين يظهر من كلام فريق منهم فمقتضى تصريح العلّامة الشّريف فى المصابيح و اتباعه بلزوم اعتماد المصلحة مطلقا على الأجنبى المشروط له الخيار معللين بكونه أمينا هو الأوّل و مقتضى تصريح اخرين بتقديم قوله إذا خالفهما هو الثانى إذ لا راى للوكيل مع الموكّل و لنا ان نرفع اثر النزاع من أصله بأن نقول انّ من الممكن ذهاب أحد إلى كونه توكيلا و اختياره مع ذلك تقديم قوله نظرا إلى انّه مقتضى جعل الخيار له فى ضمن عقد لازم فهو كاشتراط مضىّ راى الوكيل فى قبال الموكّل فى ضمن عقد لازم و كذا من الممكن اختيار احد كونه تحكيما و ذهابه مع ذلك إلى لزوم مراعاته المصلحة نظرا إلى تبادر ذلك من الإطلاق و ربّما يشهد لما قلنا ان علّامة المصابيح و من تبعه جزموا بتقديم قوله مع مخالفته لهما أو لأحدهما و مع ذلك أوجبوا اعتبار المصلحة عليه مطلقا و ربّما عزى الفقيه الغروى (- قدّه-) القول بكونه تحكيما لا توكيلا إلى ظاهر الأصحاب و لم أجد لشىء من الوجهين وجها صالحا للرّكون اليه و مجرّد شبهه بالوكالة لا يجعله منها كما لا يخفى فينبغى الرّجوع فى كلّ ما يتفرّع على ذلك إلى مقتضى القاعدة فيه فيقدّم فسخه على إمضاء المتبايعين لانّ مقتضى جعل الخيار له مضىّ فسخه كما يقدّم الفاسخ على المجيز فى جميع الموارد نظرا إلى أنّه بالفسخ ينتفى العقد فلا يبقى للإمضاء الّذى مرجعه إلى إسقاط الممضى خيار نفسه محلّ و امّا لزوم اعتباره المصلحة فلا دليل عليه و كونه أمينا ممنوع و الأصل برأيه ذمّته من ملاحظة المصلحة و اللّه العالم

[فروع لم يتعرض لها الماتن ترتبط بخيار الشرط]

قوله طاب ثراه ثمَّ انّه ربّما يتخيّل (- اه-)

بقى هنا فروع لم يتعرض لها الماتن (- ره-) الأوّل انّه هل يجوز اشتراط الخيار بالنّسبة إلى بعض المبيع دون بعض أم لا جزم جمع من الأواخر منهم علّامة المصابيح و غيره بالأوّل لعموم ما دلّ على جواز كلّ شرط لم يخالف الكتاب و السنة و لا لمقتضى العقد و لزوم الوفاء به و تأمّل فى ذلك الفقيه الغروى (- ره-) بل قوى العدم قال لا بسبب ضرر التبعيض كما فى الخيار الّذى مستنده الضّرر أو مطلقا و انّ الضّرر لا يجبر بمثله للانتفاء فيه بسبب الإقدام بل لوحدة العقد فيكون شرطا مخالفا لمقتضاه كما تقدم فى خيار الحيوان نعم قد ادّعى الإجماع على جوازه بعض المتأخّرين فإن تمَّ فهو الحجّة و لكنّه محلّ منع انتهى قلت أراد ببعض المتأخّرين علّامة المصابيح (- ره-) فإنّه قال و يجوز اشتراط الخيار فى الكلّ و البعض للمتبايعين و غيرهما بالانفراد و الاجتماع مع التوافق و الاختلاف بالإجماع و عموم الأدلّة انتهى فتدبّر الثانى انّه يشترط تعيين الموضوع و المحلّ للخيار فلو اشترطاه لأحدهما لا على التّعيين أو لأحدهما أو الأجنبىّ لا على التّعيين (- أيضا-) أو فى المبيعين لا على التعيين بطل الشرط و العقد للغرر فإن الأغراض تختلف و الأعواض تتفاوت بجعل الخيار لصاحب احد العوضين و قد جزم بلزوم اشتراط تعيين الموضوع و المحلّ جماعة منهم العلّامة فى (- عد-) و (- كرة-) و الطباطبائى فى المصابيح بل فى (- ف-) نفى الخلاف فيه حيث قال إذا باع عبدين و شرط مدّة من الخيار فى أحدهما فإن أبهم و لم يعيّن من باعه منهما بشرط الخيار فالبيع باطل بلا خلاف لانّه مجهول انتهى بل قد يستظهر من عدم نقل العلّامة فى (- كرة-) الخلاف حتى من العامّة كونه مجمعا عليه و فيه ما لا يخفى الثالث انّه لو أوقع الوكيلان العقد و شرطا الخيار فان شرطاه لهما صحّ إذا كان بإذن الموكّلين و ان شرطاه للموكّلين اللّذين وقع العقد لهما صحّ (- أيضا-) لأصالة الجواز و عموم دليل

ص: ۵۷

دليل الشّرط فى الموضعين بل فى (- كرة-) دعوى الاتفاق على الثانى حيث قال لو جعل المتعاقدان خيار الشرط للموكّل الّذى وقع العقد له صحّ قولا واحدا لأنّه المشترى و البائع فى الحقيقة و الوكيل نائب عنه انتهى الرّابع انّه قال فى (- كرة-) انّه لو شرطه لفلان لم يكن للشّارط خيار بل كان لمن جعله له خاصّة و هو أحد قولى الشّافعى تفريعا على الجواز و فى الأخر انّه يكون له و للآخر و يكون الأخر وكيلا و به قال أبو حنيفة و احمد لأنه نائب عنه فى الاختيار فاذا ثبت للنّائب فثبوته للمنوب عنه اولى و ليس بجيّد اقتصارا على الشرط كما لو شرطا لأحدهما لم يكن للآخر شيء و كما لو شرطاه لأجنبىّ دونهما انتهى و لعمرى انّ الأولويّة الّتى حكاها عن أبى حنيفة من الوجوه الاعتباريّة الّتى بها فسد الدّين إذ بعد كون مثبت هذا الخيار الاشتراط يلزم دوران الحكم مدار حصول سبب الخيار و هو الاشتراط فاذا اشترط للأجنبى فبما ذا يثبت للمشروط له الخامس انّه قال فى (- كرة-) لو شرط الخيار لأجنبىّ كان له خاصّة دون العاقد فان مات الأجنبىّ فى زمن الخيار ثبت الان له اى للعاقد لأنّ الحق و الرّفق له فى الحقيقة انتهى ولى فيه نظر فانّ كون الحقّ و الرّفق للعاقد لا يوجب انتقال الخيار اليه بعد كون وضع هذا الخيار على الدّوران مدار الاشتراط بل اللّازم امّا سقوط الخيار أصلا و رأسا بموت الأجنبىّ المشروط له الخيار أو الانتقال إلى وارثه و لعلّ الأوّل أظهر لأنّ إرث الخيار انّما هو فيما ثبت من قبل الشّارع دون ما ثبت من قبل المتعاقدين الّا ان يتمسّك بعموم ما دلّ على انّ ما ترك الميّت من حق فلوارثه بعد صدق الحق على هذا الخيار و المسئلة محلّ تأمّل و اشكال و لعلّه يتّضح لك الحال فيها عند تعرّض الماتن (- ره-) لكون الخيار موروثا (- إن شاء الله-) (- تع-)

قوله طاب ثراه أو بدخول الخيار بالأصل كخيارى المجلس و الشّرط أو بالعارض كخيار الفسخ بردّ الثمن لنفس المتعاقدين (- اه-)

قال والدى العلّامة أنار اللّه برهانه انّه أراد بخيار الشّرط مثل ما لو شرط لأجنبىّ ان يكون له الفسخ متى شاء من زمان العقد إلى ستّة أشهر مثلا فانّ ذلك الخيار ثابت بالأصل يعنى بأصل العقد بخلاف الفسخ بردّ الثّمن فإنّه يحصل له الخيار عند ردّ الثمن بان يكون ردّ الثمن ممّا يتوقف عليه ثبوت أصل الخيار أو يكون ردّ الثمن وقتا للخيار و على التقديرين لا يثبت الخيار للمشترط قبل ردّ الثمن كما سيأتى منه (- ره-) التّصريح بذلك فى أوّل الوجوه الّتى يذكرها فى بيع الخيار فمراده (- ره-) بخيار الفسخ بردّ الثّمن هو الوجه الأوّل من الوجوه الخمسة الآتية فى كلامه (- ره-) و يحتمل انّه (- ره-) أراد بخيار الشرط خيار الحيوان لوقوع التعبير به عنه فى بعض الأخبار لكن لا يخفى عليك بعد هذا الاحتمال

[مسألة جواز اشتراط الاستيمار للمتبايعين]

قوله طاب ثراه يجوز لهما اشتراط الاستيمار (- اه-)

هذا ممّا صرّح به جمع كثير بل فى مجمع الفائدة انّ المخالفة هنا ليست بظاهرة و فى (- كرة-) انه (- ككك-) عندنا و فى (- مع صد-) انّه باتّفاقنا و استظهر الإجماع عليه كاشف الظلام و ادّعى الإجماع عليه فى المصابيح و الجواهر و زاد فى الثالث نفى الخلاف فيه بيننا و العمدة فى ذلك عموم أدلّة الشّروط بعد كونه شرطا سائغا بالأصل ثمَّ انّ الفرق بين الاستيمار من أخر و بين جعل الخيار له واضح فانّ الفسخ و الإمضاء فى الخيار للأجنبىّ و فى الاستيمار إليه الأمر و الرأى خاصّة و ليس له فسخ و لا التزام و انّما هما للمستأمر بالكسر و قد صرّح بذلك جماعة بل عزاه فى (- الروضة-) الى كلام الأصحاب حيث قال ظاهر معنى المؤامرة و كلام الأصحاب انّ المستأمر بفتح الميم ليس له الفسخ و لا التزام و انّما إليه الأمر و الرّأى خاصّة ثمَّ ناقش فى كلام الشهيد (- ره-) بقوله فقول (- المص-) (- ره-) فان قال المستأمر فسخت أو أجزت فذاك و ان سكت فالأقرب اللّزوم و لا يلزم المستأمر الاختيار ان قرئ المستأمر بالفتح مبنيّا للمجهول أشكل بما ذكرناه و ان قرئ بالكسر مبنيّا للفاعل بمعنى المشروط له المؤامرة لغيره فمعناه ان قال فسخت بعد امره له بالفسخ أو أجزت بعد امره له بالإجازة لزم و ان سكت و لم يلتزم و لم يفسخ سواء فعل ذلك بغير استيمار أم بعده و لم يفعل مقتضاه لزم لما بيّناه من انّه لا يجب عليه امتثال الأمر و انّما يتوقّف فسخه على موافقة الأمر و هذا الاحتمال انسب بالحكم لكن دلالة ظاهر العبارة على

الأوّل أرجح خصوصا بقرينة قوله و لا يلزم الاختيار فانّ اللّزوم المنفى ليس الّا عمّن جعل له المؤامرة و قوله و كذا كلّ من جعل له الخيار فانّ المجعول له هنا الخيار هو الأجنبى المستشار لا المشروط له الّا للمشروط له حظّا من الخيار عند أمر الأجنبى بالفسخ انتهى و اعترضه فى مفتاح الكرامة بأنّه لعلّ غرض الشّهيد (- ره-) بيان ما هو المشهور بين الأصحاب و فائدة أخرى و القرينة على ذلك كلّه الشّهرة فحاصله انّ المستشار ان قال فسخت تسلّط المستشير على الفسخ و ان قال أجزت لزم و إليهما أشار بقوله فذاك و ان سكت لزم (- أيضا-) و بيّن انّه يجوز له السّكوت و لا يلزمه التّكلم و اختيار أحد الأمرين أو أراد انّ المستأمر بالكسر ان قال فسخت حيث يأمره المستشار بالفسخ أو أجزت فذاك و ان سكت لزم (- أيضا-) و لا يلزمه اى المستشير اختيار الفسخ و كذا كلّ ذى خيار لا يلزمه الاختيار و على الوجهين لا يتوجّه على العبارة ما وجّهه عليها فى (- الروضة-) فليتأمّل و ان بقى كلامه على ظاهره كان مخالفا لما عليه الأصحاب و كان الفرق عنده بين المستأمر و المشروط له الخيار إذا كان أجنبيّا انّ الأوّل ليس له شيء من الأمر بعد الاستشارة بخلاف الثّانى فإنّه له الفسخ و الإمضاء بادئ بدء من أوّل الأمر لأنّه حاكم ذو خيار انتهى و أنت خبير بانّ مرجع ما ذكره إلى الوجه الثانى من الوجهين اللّذين احتملهما ثانى الشهيدين فى عبارة ماتنه كما سمعت غاية ما هناك انّه (- ره-) استبعده لاحتياجه إلى الإضمار و سيّد مفتاح الكرامة استقر به بقرينة الشهرة و فيه منع قابليّة الشّهرة لكونها قرينة على ما ذكره فالحقّ انّ عبارة اللّمعة لا تخلو من شيء

قوله طاب ثراه فإن أمره بالإجازة (- اه-)

ربّما يظهر من المحقّق الثّانى (- ره-) فى (- مع صد-) التّفصيل فى صورة أمره بالإجازة بين ما لو كان ما أمر به صلاحا له فلا يجوز له الفسخ و بين ما لو خالف المصلحة فله الفسخ و ردّ بأنّه لا محلّ له لانّه لو امره بالالتزام وجب عليه سواء كان فيه مصلحة أم لا و ان امره بالفسخ لم يجب عليه امتثال امره سواء كان فيه مصلحة أم لا و تنقيح البحث ان يقال انّ جواز اشتراط الاستيمار ممّا لا ريب فيه لانّه من الشروط الجائزة فإن أمره بالفسخ تسلّط عليه و له الخيار بين ان يفسخ و ان لا يفسخ اشتمل على مصلحة أم لا لانّ المستشير لا يلزمه موافقة المستشار حيث يكون له مندوحة كما هو ظاهر لأنّه لم يجعل له الخيار و ان امره بالالتزام الّذى هو مقتضى العقد فليس له المخالفة و إن كانت أصلح لأنّه لا تسلط له عليها الّا بالشّرط و هو لم يشترط لنفسه خيارا و ان سكت فالأقرب اللّزوم و الحاصل انّ الفسخ يتوقّف على أمره لأنّه خلاف مقتضى العقد فيرجع إلى الشرط و امّا الالتزام بالعقد فلا يتوقّف على أمره لأنّه مقتضى العقد نعم لو اشترط احد المتبايعين على الأخر الفسخ لو أمره المستأمر بالفتح بالفسخ لزمه الفسخ بمجرّد امره به لانّ المسلمين عند شروطهم و ما ذكره (- المص-) (- ره-) انّما هو حكم اشتراط الاستيمار خاصّة و الّا فلو شرط معه أمرا أخر من التسلّط على الفسخ حتّى مع أمره بالإمضاء أو وجوب الفسخ عليه لو امره به أو نحو

ص: ۵۸

ذلك لزم الوفاء بمقتضاه و ممّا ذكرنا ظهر انّ تعليل عدم جواز فسخه إذا أمره بالإمضاء بأنّ الغرض من الشّرط ليس مجرّد الاستيمار بل الالتزام بامره كما صدر من الماتن (- ره-) لم يقع فى محلّه ضرورة اقتضاء العلّة لزوم الفسخ لو امره به مع انّهم لا يقولون به فالأولى تعليله بأنّ الأصل فى البيع اللّزوم و لا يخرج عنه الّا بأسباب منها اشتراط التسلّط على الفسخ و لم يوجد هنا شىء من تلك الأسباب فتدبّر

قوله طاب ثراه فان اقتضى اشتراط الاستيمار ذلك الحق على صاحبه عرفا فمعناه سلطنة صاحبه على الفسخ

الضّمير المجرور بإضافة لفظ الصّاحب الأوّل يعود إلى المشترط و المجرور بإضافة الصّاحب الثانى يعود إلى الصّاحب الأوّل يعنى انّ اشتراط الاستيمار ان اقتضى ثبوت الحقّ على صاحب المشترط بان يكون عليه ان يستأمر فيفسخ إذا أمره الثالث فمعناه سلطنة صاحب الصّاحب يعنى المشترط على الفسخ و لو بالواسطة و التّسبيب بان يحكم عليه باستيمار الثالث و الفسخ إذا أمره و ليس المراد ثبوت السّلطنة للمشترط بنفسه ابتداء حتّى يمنع فيقال انّه ليس معنى اشتراط الاستيمار سلطنة المشترط على الفسخ بنفسه كما نبّه على ذلك الشيخ الوالد (- قده-) فى غاية الآمال

قوله طاب ثراه ثمّ فى اعتبار مراعاة المستأمر للمصلحة و عدمه وجهان العدم

هكذا وجدنا النّسخة لكن لا بدّ من سقوط كلمة أظهرهما و أقربهما أو أجودهما أو نحو ذلك ثمّ لا يخفى عليك انّ هنا فروعا أخر لم يتعرّض لها الماتن (- ره-) و لا بأس بالتّعرض لها الأوّل انّهم اختلفوا فى لزوم تعيين مدّة المؤامرة و ضبطها على قولين أحدهما اللّزوم و هو للقواعد و (- كرة-) و اللّمعتين و (- لك-) و المصابيح و محكى (- ير-) و (- شاد-) و (- لف-) و تعليق (- شاد-) و الميسية و مجمع الفائدة و الكفاية و غيرها بل فى المصابيح انّه ظاهر الأكثر ثانيهما عدم اللّزوم و هو صريح الشّيخ (- ره-) فى (- ف-) حيث قال إذا صحّ الاستيمار فليس له حدّ الّا ان يشترط مدّة معيّنة قلّت أم كثرت و للشّافعى فيه وجهان أحدهما لا يصحّ حتّى يشترط و الثّانى ما قلناه من انّه يمتدّ ذلك ابدا انتهى و حكى نحوه عن (- ط-) حجّة الأوّل أنّ فى الإطلاق غرر أو جهالة لأنّ الأعواض تختلف باختلاف زمان الخيار و المؤامرة و قد نهى النبى صلّى اللّه عليه و آله عن بيع الغرر و حجّة الثانى ما ذكره فى (- ف-) بقوله عقيب عبارته المزبورة دليلنا انّه قد ثبت هذا الاشتراط مع الإطلاق فتقييده بزمان مخصوص يحتاج إلى دليل انتهى و الجواب انّ النّهى عن بيع الغرر دليل مقيّد كما قيّد به إطلاق اشتراط الخيار الأمر الثّانى أنّه يجرى فى الاستيمار ما يجرى فى الخيار من انّه قد يكون للبائع أو المشترى أو لهما أو لأجنبىّ عنهما أو عن أحدهما مفردا أو مع البائع أو المشترى أو معهما متّصلا أو منفصلا أو متّصلا و منفصلا الى غير ذلك من أقسام اشتراط الخيار الثّالث انّ جماعة من أواخر الأصحاب صرّحوا بعدم اشتراط تعيين المؤامر باسمه بل بما يشخّصه و يميّزه بل فى خيارات الفقيه الغروىّ (- ره-) انّه لو قيل بجواز استيمار من كان خلف الجدار و ان لم يعلم ما هو أو واحد من النّاس أو من جماعة محصورين و نحو ذلك بناء على انّ الشّرط كالصّلح فى الجهالة لكان له وجه نعم يستثنى المبهم الذى لا وجود له انتهى قلت لو كان علّل جواز استيمار من ذكره بأصالة عدم اشتراط التّعيين بما يميّزه و انتفاء الغرر لكان اولى ممّا علّله به من كون الشّرط كالصّلح ضرورة انّ العلّة (- ح-) أخفى من مطلوبه إذ لا دليل على كون الشّرط كالصّلح و الّا للزم جواز إهمال المدّة و لا يلتزم به الرّابع انّه هل لمن اشترط استيمار غيره فسخ العقد قبل الاستيمار أم لا وجهان جزم فى (- كرة-) بالعدم حيث قال ليس للشّارط ان يفسخ حتى يستأمر فلانا و يأمره بالرد لأنّه جعل الخيار له دون العاقد و هو أحد قولى الشّافعية و الثانى انّه يجوز له الرد من غير ان يستأمر و ذكر الاستيمار احتياطا و المعتمد الأوّل انتهى و وافقه على ذلك فى (- مع صد-) و (- لك-) و (- الروضة-) و محكى تعليق (- شاد-) و الميسية و الكفاية و (- ط-) و فى (- ف-) انّه إذا باعه بشرط ان يستأمر فلانا فليس له الرد حتى يستأمره انتهى و ربّما حكى فى مفتاح الكرامة أنّه غرى هذا القول إلى ظاهر المذاهب و لا يخفى ما فيه فإنّه أراد ظاهر مذهب الشّافعى لا ظاهر مذهب الأصحاب لأنّه قال و للشّافعى فيه وجهان أحدهما و هو ظاهر المذهب مثل ما قلناه (- اه-) و الوجه فيما اختاره الجماعة انّ الأصل فى

البيع اللّزوم كما مرّ و غاية ما ثبت باشتراط الاستيمار استحقاقه الفسخ بعد الاستيمار ففسخه قبل الاستيمار فسخ من غير حقّ فلا عبرة به فما عن العلّامة (- ره-) فى (- ير-) من انّ له الفسخ قبل الاستيمار لا وجه له كما لا وجه له بعد ما سمعت لتعليله بانّ الشرط لمصلحة المستأمر فله ان لا- يلاحظها و يفسخ قبله لثبوت الخيار له كما انّ له الإمضاء لو لم يأمره به فانّ فيه ما عرفت من دوران الأمر مدار الاشتراط و امّا انّ له الإمضاء لو لم يأمره به فليس إلّا لأنّ المشروط انّما هو توقّف الفسخ على امره لا الإمضاء و الّا فلو شرط توقّف الإمضاء (- أيضا-) على امره لزم الأتباع الّا ان يتّفقا على إسقاط الشّرط الخامس انه لو امره المشروط الاستيمار منه بالفسخ قبل ان يستأمره فعن ظاهر (- ط-) و (- ف-) و (- كرة-) و كنز الفوائد و تعليق (- شاد-) و (- لك-) انتفاء الخيار لانتفاء الشرط و لكن قرب فى المصابيح الجواز نظرا إلى حصول الغرض بالاطّلاع على راى المستأمر و تنزيلا- لعبارات الأصحاب على الغالب من ترتّب الأمر على الاستيمار ثمّ قال و عليه يحمل قول العلّامة (- ره-) فى (- ير-) بجواز الفسخ قبل الاستيمار لتصريحه

بعده بالمنع من الرد قبله و لظهور توقّف الرد على الأمر به بمقتضى الشّرط فيبعد ارادته الجواز قبل الأمر ثمّ قال و لو شرطنا الاستيمار فاتّفق الأمر قبله قوى اللزوم مطلقا لامتناع الاستيمار بعد الأمر فيقوى سقوط اعتباره من أصله انتهى و ما استقر به غير بعيد ظاهرا إذ لا وجه لسقوط الفسخ بعد وضوح عدم كون الاستيمار معتبرا من باب الموضوعيّة بل من باب الطّريقيّة إلى الاطّلاع على راى المستأمر بالفتح السّادس انّه لو تعدّد المستأمر بالفتح و اختلفا فأمر أحدهما بالفسخ و الأخر بالإمضاء احتمل تقديم الأمر بالفسخ (- مط-) نظرا إلى انّ الأمر بالإمضاء لم يزد على ما كان أوّلا من جواز الإمضاء و احتمل تقديم الأمر بالإمضاء مطلقا نظرا إلى انّ الفسخ انّما يجوز مع اتّفاقهما عليه فاذا افترقا كان اللازم الأخذ بما يوافق حال أصل العقد و يحتمل تقديم الأسبق منهما و الوجوه تجرى فيما لو اتّحد المستأمر و اختلف رايه هذا إذا أطلق اشتراط الاستيمار و لو شرط تقديم أحدهما أو أحد الرّأيين عند الاختلاف أو سقوطهما معا عن الاعتبار كان المتبع ما اشترط

[مسألة من أفراد خيار الشرط ما يضاف البيع إليه]

اشارة

قوله طاب ثراه و عن غيرها الإجماع عليه

قلت ممّن ادّعى الإجماع على ذلك الشيخ (- ره-) فى (- ف-) و القاضى فى جواهر الفقه و الثانيان فى (- مع صد-) و (- لك-) و شيخ الأواخر فى الجواهر قال فى (- ف-) يجوز عندنا البيع بشرط مثل ان يقول بعتك إلى شهر فان رددت على الثمن و الّا كان البيع لى فإن ردّ عليه وجب عليه ردّ الملك و ان جازت المدّة ملك بالعقد الأوّل و قال جميع الفقهاء انّ ذلك باطل يبطل به العقد دليلنا إجماع الفرقة و (- أيضا-) قوله صلّى اللّه عليه و آله الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب و لا سنّة و على من ادّعى المنع منه الدّلالة انتهى و فى جواهر القاضى مسئلة إذا باع شيئا بشرط مثل ان بعتك إلى سنة أو شهر فان رددت على الثمن فالمبيع لى هل يصح ذلك أم لا الجواب هذا

ص: ۵۹

صحيح فاذا ردّ عليه المال وجب عليه ردّ الملك فان جازت المدّة ملك بالعقد الأوّل و انّما كان (- كك-) لقوله عليه السلام الشّرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب أو سنّة و من ادّعى المنع من ذلك فعليه الدّليل و لا دليل عليه و لأنّ إجماع الطّائفة عليه (- أيضا-) انتهى و قد حكى نقل الإجماع عليه عن الغنية و كنز الفوائد و ظاهر (- كرة-) و محكى شرح الإرشاد لفخر الإسلام و غيرها و نفى الخلاف فى ذلك فى المستند و غيره

قوله طاب ثراه و هو ان يبع شيئا و يشترط الخيار لنفسه (- اه-)

قال الشيخ الوالد قدّس اللّه نفسه الزكية فى غاية الآمال الظّاهر انّ هذا من باب الاقتصار على ذكر أظهر أقسام بيع الخيار و الّا فمن جملة أقسامه أن يشترط الخيار فى أخر المدّة و منها ان يشترط له أوقاتا متعدّدة لخياره مثل ان يكون له الخيار فى رأس كل ستّة أشهر إلى انقضاء سنتين و منها ما هو ملفّق من قسمين مثل ان يشترط ان يكون له الخيار إلى ستّة أشهر متى ما دفع الثمن ثمّ لا يكون له الخيار إلى انقضاء ستّة أشهر و يكون له الخيار فى رأس ستّة أشهر أو عكس ذلك

قوله طاب ثراه منها موثقة إسحاق بن عمّار (- اه-)

رواها الشّيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن إسحاق بن عمّار قال حدّثنى من سمع أبا عبد اللّه عليه السلام و سئله رجل و انا عنده (- إلخ-) هكذا فى نسخة الوسائل المصحّحة على خطّ مؤلّفها و كذا التّهذيب و عليه فلا إرسال فى الرّواية لأنّها رواية عمن سمع من الإمام عليه السلام و سماع من نفس الإمام عليه السلام نعم هى مرسلة بناء على ما أورده فى مجمع الفائدة من إبدال العبارة بقوله أخبرنى من سمع أبا عبد اللّه يقول و قد سئله رجل و انا عنده فقال (- اه-) حيث انّ ظاهره ان إسحاق لم يسمع من ابى عبد اللّه عليه السلام و انّما سمع ممن سمع منه و لذا اعترف فى مجمع الفائدة بإرساله و قال انّه لا يضرّ إرسال إسحاق لأنّه مؤيّد و مقبول و قد نقل الشيخ الوالد قدس سرّه عن نسخة مصحّحة من الكافى عنده مقروة على الفاضل المجلسى (- قدّه-) و عن الوافى الرّواية على النّحو الّذى فى مجمع الفائدة و الأمر سهل بعد التأيد بالعمل

قوله طاب ثراه و تكون لك أحبّ إليّ من ان تكون لغيرك

هذا الكلام من قبيل قولهم و تسمع بالمعيدى خير من ان تراه فجعل لفظة تكون مبتدأ باعتبار تقدير لفظ المنسبك معه بالمصدر اى كونها لك أحبّ و قوله على ان تشترط لى بعد هذه الفقرة متعلّق بقوله أبيعك قبلها كما نبّه على ذلك الشيخ الوالد قدس سرّه فى غاية الآمال

قوله طاب ثراه أ رأيت لو كان للدّار غلّة لمن تكون الغلّة فقال الغلّة للمشترى

أبدل هذه الفقرة فى الكافى بقوله قلت فإنّها كانت فيها غلّة كثيرة فأخذ الغلّة لمن تكون الغلّة فقال الغلّة للمشترى و كتب الفاضل المجلسى (- ره-) عليه ما نصّه انّه يدلّ على انّ النّماء فى زمن الخيار للمشترى فهو يؤيّد المشهور من عدم توقّف الملك على انقضاء الخيار و انّما كان التلف من المشترى لأنّ الخيار للبائع فلا ينافى المشهور انتهى

قوله طاب ثراه و رواية معاوية بن ميسرة

قد رواها الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسن بن محمّد بن سماعة عن احمد بن ابى بشير عن معاوية بن ميسرة

قوله طاب ثراه و كان بينه و بين الرّجل الّذى اشترى الدّار خلطة

هكذا وجدناه فى المتن و بعض أخر من كتب الاستدلال لكن أبدل فى الوسائل و محكى الوافى كلمة خلطة بلفظة حاصر و على الأوّل فالمراد انّ بينهما تعارف و مخالطة و على الثّانى فالمراد انّه كان جارا له لكون الحاصر بمعنى الجدار

قوله طاب ثراه فانّ الرّجل قد أصاب فى هذا المال (- اه-)

اى أدرك منافعه و ربح فيه فتكون كلمة ربحا مفعول أصاب محذوفة

قوله طاب ثراه و عن سعيد بن يسار (- اه-)

قد رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن ابى على الأشعرى عن محمّد بن عبد الجبّار عن علىّ بن النّعمان عن سعيد بن يسار و وجه صحة السّند ظاهر

قوله طاب ثراه فنعده (- اه-)

هذا هو أصحّ النّسخ و هو صيغة المتكلّم مع الغير من الوعد و فى بعض النّسخ فبعده و فى ثالث فعندها و لا معنى لهما

قوله طاب ثراه و عن ابى الجارود (- اه-)

قد روى ذلك الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن فضالة عن ابان بن عثمان عن ابى الجارود و قد قال فى (- ئق-) بعد ذكر هذا الحديث انّ البيع فى الخبر بمعنى الشّراء فإنّه من الأضداد كما ذكره أهل اللّغة انتهى و استظهر الشيخ الوالد قدّس اللّه تربته المطهّرة كون مراد صاحب (- ئق-) انّ مادة البيع الموجودة فى ضمن الكلمتين الموجودتين فى الحديث بمعنى الشّراء فيصير المعنى ان اشتريت من رجل شيئا على شرط الفسخ فإن أتاك بالثمن الذى أعطيته صحّ له استرداد ما اشتريته منه و الّا لزم الشّراء و كان الشيء المشترى لك ثمّ قال قدّس سرّه و هذا الاستعمال موافق لما ذكره فى شرح القاموس مثالا لتفسيره بالشّراء من قوله يقال باعه إذا بادل ثمنه بسلعته انتهى كلامه علا مقامه و لا يخفى عليك انّ قوله (- ع-) بمالك ينافى تفسير البيع بالشراء لعدم تعارف التّعبير عن الثمن بالمال و (- أيضا-) فاستعمال البيع فى خلاف الشّراء أشيع و أظهر و لا داعى إلى حمل البيع فى الخبر على الشّراء لوضوح المراد بدونه غاية ما هناك انّ الخبر يدلّ على جواز اشتراط فسخ العقد عند ردّ المشترى المبيع أو مثله إلى وقت كذا عكس المفروض

[ذكر ثمانية أمور متعلقة بهذه المسألة]

[الأمر الأول وجوه متصورة فى اعتبار رد الثمن الثمن فى بيع الخيار]

قوله طاب ثراه يتصور على وجوه (- اه-)

(۱۱) أقول ذكر بعضهم وجها سادسا و هو اشتراط بيعه عليه إذا جاء بمقدار الثمن و سابعا و هو ان يجعل له الخيار طول المدّة و لكن يشترط عليه ان لا يفسخ الّا بعد الرد فلو خالف و فسخ قبل الرد ففى التّأثير وجهان و ثامنا و هو ان يجعل الخيار فى رأس المدّة بشرط ردّ مثل الثمن و أقول انّ صحّة هذه الصّور الثّلث ممّا لا ينبغى التأمّل فيه بعد عموم قاعدة الشّروط و عدم مخالفة هذه الشّروط للكتاب و لا السنة و لا لمقتضى مطلق عقد البيع و لكن لا إيراد على الماتن (- ره-) بإهمال الصّورة الأولى ضرورة خروجها عن فرض المسئلة موضوعا لانّ مفروضها اشتراط الفسخ عند ردّ مثل الثّمن و اين ذلك من اشتراط إنشاء بيع جديد و الثمرة بين الفرضين ظاهرة فى موارد مثل عدم ثبوت خيار المجلس بالفسخ و ثبوته بالبيع الجديد و مثل انّ الفسخ يحصل بكلّ لفظ يدلّ عليه بخلاف البيع فإنّه يحتاج إلى صيغة خاصّة و امّا الصّورة السّابعة فهى عين الصّورة الثانية فلا وجه لعدّها صورة مغايرة لها فان قلت الفرق بينهما انّ السّلطنة على الفسخ فى الصّورة الثانية غير حاصلة قبل ردّ الثمن بخلاف هذه الصّورة فإنّ السّلطنة حاصلة لكن اشتراط عدم اعمالها قلت انّ عبارة الماتن (- ره-) و إن كانت توهّم ما ذكرت من عدم حصول السّلطنة على الفسخ قبل الرّد فى الصّورة الأولى الّا انّ مراده بالسّلطنة الفعليّة لا الشّأنيّة و الّا لم يبق معنى للخيار له فى تمام المدّة فإنّ الخيار هو السّلطنة على الفسخ فاذا فرض حصوله لزم كون مراده من السّلطنة الّتى نفى حصولها قبل الرد هى السّلطنة الفعليّة فيكون المعنى ان يكون له الخيار و لا يكون له اعماله قبل ردّ الثمن و (- ح-) فتتحد الصّورة الثانية و السّابعة و امّا الثّامنة فلا بأس بعدّها مغايرة للخمسة

قوله طاب ثراه الثّانى ان يؤخذ قيدا للفسخ (- اه-)

(۱۲) قد عرفت آنفا انّ مراده بالتسلّط على الفسخ انّما هو فعليّة الفسخ و بالخيار التسلّط الثانى على الفسخ ثمّ انّ الفرق بين هذا الوجه و سابقة ظاهر نبّه عليه الشّيخ الوالد قدّس سرّه (- أيضا-) و هو انّ أصل ثبوت الخيار فى

ص: ۶۰

الأوّل كان موقوفا على ردّ الثمن بخلاف الثّانى فإنّ الخيار فيه ثابت قبل ردّ الثمن و لكن فعليّة الفسخ و صحّة إنشائه موقوف على ردّ الثمن و بعبارة أخرى على هذا الوجه له فى تمام المدّة الخيار و التسلّط على الفسخ المقارن لردّ الثمن أو المتأخّر عنه بخلاف الأوّل و يظهر اثر الفرق بينهما فى انّ البائع له إسقاط الخيار قبل ردّ الثمن بناء على هذا الوجه من جهة تحقّق الخيار فعلا فلا يكون من قبيل إسقاط ما لم يجب بخلاف الأوّل فإنّ إسقاط الخيار فيه لا يخلو عن تأمّل و افتقار إلى التوجيه كما سيجىء ذكره فى كلام (- المص-) (- ره-) فى الأمر الرابع إنشاء اللّه تعالى

قوله طاب ثراه الرّابع (- اه-)

الفرق بينه و بين الثّالث انّ نفس الردّ فى الثّالث كان سببا للفسخ كسببيّته قول فسخت لذلك بخلاف الرّابع فانّ المشروط انّما هو انفساخ المعاملة بنفسها عند حصول الرد من دون ان يكون الردّ سببا له كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و عليه حمل فى الرّياض (- اه-)

لا يخفى عليك انّ هذا الحمل ممّا لا شاهد عليه و انّ الأخبار من هذه الجهة مهملة و انّما سيقت لبيان صحة اشتراط استرداد المبيع عند ردّ مثل الثمن و امّا انّ الاسترداد هل هو بالفسخ الفعلى أو القولى فلا تعرّض فى الأخبار لذلك

قوله طاب ثراه و هذا هو الظّاهر من رواية معاوية بن ميسرة

هذا الاستظهار كغيره ممّا يأتى فى كلامه من الاستظهارات ممّا لا وجه له و الحقّ انّه لا ظهور فى الأخبار و لا فى عبائر فقهائنا الأبرار فى شىء من الصّور ظهورا معتدا به بل إن كان فإشعار لا يبلغ حدّ الظّهور و (- ح-) فلقائل أن يقول انّا نتمسّك بعموم تلك الأخبار النّاشى من ترك الاستفصال على مشروعيّة كلّ من تلك الصّور فلو تمّ العموم كان هو المعتمد فى الصّحة فى الصّور الخمس و الّا لكفانا العموم النّوعى أعنى عموم ما دلّ على وجوب الوفاء بالشّروط فى تصحيحها و إيجاب الالتزام بها و الجرى على مقتضاها بعد الوقوع فى ضمن عقد لازم كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و هو ظاهر الوسيلة (- اه-)

ربّما احتمل بعضهم كون مراد صاحب الوسيلة انّ الإقالة من جانب البائع و انّ ضمير لزمته يعود إلى المشترى المفهوم بقرينة الحال قال و لعلّ ارتكاب صاحب الوسيلة التّعبير عن الفسخ بالرد بالإقالة لأنّ العقد قبل تحقّق الرّد فى المدّة لازم فى حقّ المتعاقدين و عند الردّ فيها يقع الفسخ النّافذ فى حقّهما فكان بذلك أشبه بالإقالة من حيث انّه لم يمض زمان قد تنجز فيه الخيار و انّما الثابت منه سابقا خيار معلّق على شرط غير حاصل فتأمّل

قوله طاب ثراه فان ابى أجبره الحاكم أو أقال عنه و الّا استقلّ (- اه-)

اى ان لم يأب المشترى استقلّ هو بالفسخ من دون حاجة إلى إجبار الحاكم إيّاه أو إقالته عنه نبه على ذلك الوالد العلّامة قدّس اللّه نفسه المطهّرة ثمّ قال و يمكن ان يكون المعنى انّه ان لم يكن حاكم استقلّ البائع بالفسخ من جهة التخلّص عن الضّرر ثمّ قال و يوهن المعنى الأوّل انّه من قبيل توضيح الواضحات و يوهن الثّانى انّ مدخول كلمة إلّا المركّبة من حرفى الشّرط و النّفى لا بدّ من ان يكون فعلا من جنس الفعل المثبت المتقدّم عليها و هنا لم يتقدّمها فعل بمعنى الكون و الوجود و فى جملة من النّسخ استقيل بالفسخ و معناه انّه ان لم يأب المشترى استقيل هو بالفسخ اى طلب البائع منه الإقالة بطريق الفسخ انتهى قلت الظّاهر كون المراد هو المعنى الأوّل و كونه من توضيح الواضحات لا يضرّ لأنّ شأن الفقيه بيان الحكم جليّا كان أو خفيّا

قوله طاب ثراه و مرجعه إلى احد الأوّلين

يعنى انّ مرجع ما فهمه الأصحاب إلى أحدهما

قوله طاب ثراه لكنّ الظّاهر صحة الاشتراط بكلّ من الوجوه الخمسة (- اه-)

ربّما استشكل بعضهم فى صحّة الوجه الأول بجهالة زمانه إذ هو من قبيل ما لو قيل بشرط ان يكون لك الخيار ان قدم الحاجّ أو ان جاء زيد و أقول لم اتصوّر لهذا الاشكال وجها الّا ان يكون قد زعم هذا البعض انّ الصّورة الأولى انّما هى ما إذا لم يجعل مدّة لردّ الثمن و أطلق حصول الخيار بعد ردّ الثمن اى وقت كان حتّى يكون مثل قدوم الحاج و مجىء زيد و الحال انّ الأمر ليس (- ككـ-) و انّ مفروض الصّورة الأولى ما إذا اشترط حصول الخيار عند ردّ الثمن فى المدّة الفلانيّة كما يشهد به قول الماتن (- ره-) و يكون مدّة الخيار منفصلة دائما عن العقد و مثل ذلك ليس من المجهول فى شىء حتّى انّه لو قال بعتك بشرط الخيار لى عند مجىء الحاج ان جاؤا إلى أخر الشهر مثلا صحّ بلا شبهة و لا يضرّ جهالة زمان الردّ و المجىء من بين المدّة المضروبة و ان توقّف حصول الخيار عليه و الّا للزم بطلان سائر الفروض المتوقّف فعليّة الفسخ فيها على الردّ و المجىء إذ لا اثر للخيار من غير التمكّن من الفسخ و ظنّى انّ هذا البعض زعم عدم تعيين مدّة ظرفا للردّ و ذلك عجيب لانّ البحث انّما هو على فرض ضرب المدة لذلك و لذا طوى الماتن (- ره-) اعادة ذلك فى كلّ صورة فلا تذهل و يحتمل ان يكون قد تأمّل فى صحّة الشرط من جهة جهالة زمان الردّ و إن كانت المدّة مضروبة و قد عرفت ما فيه من عدم القدح و عدم صدق الجهالة عليه ثمّ انّه اعتذر عن الإشكال باستظهار عدم المانع من مثل هذا التّعليق فى الشّروط معلّلا ـ بأنّ العمدة فى دليل منعه الإجماع المفقود فى أمثال المقام و هو كما ترى إذ المانع ليس هو الإجماع حتّى يعتذر بعدمه هنا و انّما هو حديث النّهى عن الغرر فامّا ان يمنع الجهالة هنا أو يلتزم بالإشكال فتأمّل جيّدا ثمّ انّ هذا البعض استشكل فى الصّورة الثالثة بأنّه لا ـ معنى لكون الردّ من حيث هو سببا الّا ان يكون المراد جعله سببا بقصد إنشاء الفسخ به و هو خلاف ظاهر الشّرط فانّ ظاهره كون مجرّد الردّ سببا و معه يكون أشكل من الوجه الرّابع إذ يصير كما لو جعل النّظر فى المرئاة سببا للفسخ و ان لم يقصد به إنشائه و من المعلوم بطلانه و الظّاهر انّ نظر المصنّف (- ره-) الى جعله سببا بان يقصد إنشاء الفسخ به كما يظهر منه فى الأمر الثالث الّذى سيجىء و (- ح-) فلو ردّ لا بهذا القصد بل بان يفسخ بعده يلزم عدم كفايته انتهى و أنت خبير بانّ قول الماتن (- ره-) ان يكون ردّ الثمن فسخا فعليّا صريح فى اعتبار قصد إنشاء الفسخ فلا ـ مجال لاحتمال عدم اعتبار قصد الإنشاء حتّى يكون للاستشكال محلّ ليحتاج الى التوجيه بما ذكره

قوله طاب ثراه فانّ فيه اشكالا من جهة (- اه-)

دفع هذا الإشكال ما أشار إليه غير واحد من انّ توقّف المسبّبات على الأسباب الشرعيّة مسلّم لكن لا مانع من كون نفس الاشتراط من الأسباب على نحو الملكيّة حيث انّها تحتاج إلى سبب و قد يكون نفس الاشتراط سببا لها بناء على صحّة شرط النتيجة كلّية كما هو الحقّ و احتمال كون الانفساخ ممّا لا بدّ فيه من سبب خاصّ كالزوجيّة و الفرقة بين الزّوجين مدفوع بعموم دليله و توهّم كون احتمال مخالفة اشتراط سببيّة الردّ للفسخ للسنة مانعا من الرّجوع إلى العموم المذكور بعد تخصيصه بما إذا لم يخالف السنة من حيث كون الرّجوع إلى العموم المذكور فى دفع المخالفة فى المقام من باب الرّجوع إلى العموم فى الشبهات المصداقيّة و قد منعوا من ذلك فى الأصول مدفوع بانّ عدم المخالفة لا يتوقّف إحرازه على التمسّك بالعموم حتّى يمنع منه و انّما يدفع المخالفة بأصالة عدم ورود السنة على خلاف هذا الشّرط و عدم المنع منه فى السنة ثمّ يتمسّك بالعموم لإثبات الحكم و هو لزوم الوفاء فتدبّر

ص: ۶۱

[الأمر الثانى الثمن المشروط رده إما فى الذمة أو معينا]

قوله طاب ثراه و يحتمل العدم (- اه-)

اى عدم ثبوت الخيار للبائع نظرا إلى انّ اشتراط الردّ بمنزلة اشتراط القبض قبله فاذا لم يقبض لم يكن الردّ المتفرّع عليه المتسبّب للخيار حاصلا لكن يمكن المناقشة فى ذلك بانّ من البيّن عدم كون القرض ممّا له موضوعيّة و انّما الغرض من اشتراط الردّ اشتراط حصول الثمن فى يد المشترى فإذا كان البائع لم يقبضه كان حاصلا فى يد المشترى و هو مطلوبه و مرامه فيلزمه ردّ المبيع إلى البائع و لا مجال للتعلّق بأصالة اللّزوم بعد حصول مسبّب الخيار و هو حصول الثمن فى يد المشترى

قوله طاب ثراه على اشكال فى الأخير من حيث (- اه-)

فيه انّ الفسخ انّما يقتضى شرعا أو لغة ردّ العين مع الإمكان إذا أطلق الفسخ و امّا إذا اشترط ردّ البدل مع إمكان ردّ العين فالاقتضاء ممنوع بل عموم دليل الاشتراط يقضى بعدم الاقتضاء و ما فى كلام بعضهم من نفى الإشكال فى الفساد نظرا إلى عدم تعقّل الفسخ مع كون العين باقية الّا بردّ نفس العين الّا مع معاملة جديدة و المفروض عدمها مدفوع بمنع عدم التعقّل و اىّ مانع من كون الاشتراط بمنزلة معاملة جديدة و كونه ناقلا للبدل إلى البائع مع وجود نفس العين (- أيضا-)

قوله طاب ثراه و فى جواز اشتراط ردّ القيمة فى المثلىّ و بالعكس وجهان

منشأ الوجهين من عموم أدلّة الشّروط و من انّ الثابت بالفسخ انّما هو البدل و بدل المثلى المثل و القيمىّ القيمة و الأظهر الجواز لقيام البدل الجعلىّ بحكم عموم أدلّة الشّروط مقام البدل الأصلى

قوله طاب ثراه فالظاهر عدم الخيار

كان حقّ التّعبير ان يحكم بعدم الخيار جازما من دون ان يعبّر بالظّاهر ضرورة انّه بعد اشتراط الفسخ بردّ نفس العين لا يعقل بقاء الخيار مع تلفها سواء كان التّلف بفعل البائع أو المشترى أو الأجنبىّ أو بافة سماويّة

قوله طاب ثراه و فيه نظر

وجه النّظر هو منع افادة إطلاق اشتراط ردّ العين خصوص سقوطه بإتلاف البائع حتّى يبقى الخيار فى إتلاف غيره على حاله نعم لو خصّا سقوط الخيار بما إذا كان التّلف بفعل البائع لزم اتّباع الشرط

قوله طاب ثراه و امّا الثّالث (- اه-)

أراد به صورة الإطلاق و بالثّانى صورة اشتراط ما يعمّ بدله و بالأوّل صورة اشتراط ردّ العين

قوله طاب ثراه ان الإطلاق لا يحمل على العين

فيه نظر ظاهر لما شاع و ذاع من انّ الإطلاق ينصرف إلى الشّائع المتعارف استعمال اللّفظ فيه و لا ريب فى أنّهم متى أطلقوا الردّ أرادوا به ردّ العين

قوله طاب ثراه و يدلّ عليه صريحا بعض الأخبار (- اه-)

لا يخفى عليك ما فى دعوى الصّراحة من النّظر ضرورة انّ من الأخبار ما هو نصّ فى كون الثمن ما فى الذّمة مثل صحيح سعيد بن يسار و ذلك لا ربط له بردّ العين و لا البدل و منها ما ليس ظاهرا فى شىء من ردّ العين و البدل بل هو مهمل من هذه الجهة نعم يمكن استفادة دفع العين من دلالة خبر إسحاق على انّ بيع الدّار كان لحاجة إلى الثّمن و لازمه العادى إتلافه و التصرّف فيه و ذلك لا يسمّى ظهورا

[الأمر الثالث رد الثمن فی هذا البیع مقدمة لفسخ البائع أم لا]

قوله طاب ثراه قیل ظاهر الأصحاب (- اه-)
قلت قد أطلق اعتبار الفسخ بعد ردّ الثمن جمع من الأصحاب و ممّن نصّ علی ذلک و أطلق المحقّق الکرکی فی (- مع صد-) و محکی تعلیق (- شاد-) و الشهیدان فی (- لک-) و محکی (- س-) و التطیفی فی محکی إیضاح (- فع-) و المقداد فی التنقیح و الصّیمری فی محکی غایة المرام و الورع فی مجمع الفائدة و علّامة الأواخر فی المصابیح و اتباعه فی مفتاح الکرامة و کشف الظّلام و الجواهر بل قد یستظهر ذلک من نحو (- یع-) و (- فع-) و (- یر-) و (- شاد-) و التبصرة و غیرها ممّا بنی علی ما قبله من اشتراط الخیار للبائع مدّة مضبوطة مع قید زائد و هو ردّ الثمن فیکون قد أشاروا إلی انّ خیار الشّرط علی قسمین أحدهما ما یکون الخیار فی فسخ العقد خاصّة سواء احضر الثمن أم لا و الثانی ما یکون الخیار مع شرط إحضار الثمن و هو ما نحن فیه فیتعقّبه الخیار بعد الردّ و لا ینفسخ البیع معه الّا بالفسخ کما تقدّم حکایة التّصریح بذلک من الفاضل المقداد فی التنقیح فی ذیل العبارة لکنّ فیه انّه کما یمکن ان یکون الفارق بین الفرض و بین اشتراط الخیار هو توقّف الخیار علی إحضار الثمن دون مطلق خیار الشّرط لیکون التّصریح بما هنا من باب التّصریح بالخاصّ اهتماما بشأنه بعد التّصریح بالعام فکذا یمکن ان یکون الفارق الحاجة فی خیار الشرط إلی الفسخ دون المقام و یکون ذکر الفرض من باب المناسبة لخیار الشرط و الشّباهة له إیّاه و علی ایّ حال فربّما یغری القول باعتبار الفسخ فی الفرض أیضا إلی ظاهر الباقین من الأصحاب و لکن ظاهر عبارتی (- ف-) و جواهر الفقه المزبورتین بل صریحهما من حیث التعبیر بوجوب ردّ المبیع بعد ردّ الثمن و ظاهر عدّة اخری هو عدم اعتبار الفسخ و الحمل علی الغالب من تعقیب الردّ بالفسخ کان یقول خذ دراهمک فقد فسخت کما صدر من علّامة المصابیح لا شاهد علیه فلا یصار إلیه حجّة القول الأوّل وجوه ذکرها فی المصابیح و قد أشار إلی اثنین مع جوابهما فی المتن الأوّل انّ الرد لا یدلّ علی الفسخ أصلا و جوابه قوله (- ره-) و هو حسن (- اه-) و حاصله انّ إنکار الدّلالة کلّیة ممّا یقضی الوجدان بخلافه و السّالبة الکلّیة تزول بالإیجاب الجزئی و من البیّن ثبوت الدّلالة فی بعض المقامات الثانی ان الردّ یدلّ علی ارادة الفسخ و الإرادة غیر المراد و جوابه انّ الردّ قد یدلّ علی نفس الفسخ لا علی إرادته کی یتأتّی تغایر الإرادة و المراد و قد أشار الماتن إلی ذلک بقوله و ما قیل (- اه-) الثالث انّ وجوب ردّ المبیع إلی البائع موقوف علی عوده الیه بانفساخ الموقوف علی الفسخ و القدرة انّما تتعلّق به دون الانفساخ فلا یصحّ اشتراطه إلّا بواسطة الفسخ فیتوقّف وجوب الردّ علیه و لا یکون ردّ الثمن بمجرّده قاطعا للبیع و فیه انّ عدم تعلّق القدرة بالانفساخ الموجب لعدم صحّة اشتراطه مسلّم مقبول و لذا لا نقول بانّ المشروط هو الانفساخ بل نقول انّ المشروط ردّ الثمن فاذا حصل الانفساخ فکما انّ الفسخ مقدّمة مقدورة للانفساخ فکذا ردّ الثمن بعد اشتراط افادته الانفساخ فی ضمن العقد اللازم فردّ الثمن من حیث هو و ان لم یکن قاطعا للبیع لکن إذا اشترط قطعة للبیع فی ضمن العقد لازم کان مقتضی عموم أدلّة الشّروط افادته لذلک کما لا یخفی الرّابع انّ قضیّة کلام الأصحاب اشتراط الخیار بعد الردّ و هو خلاف الفسخ بنفس الردّ و أنت خبیر بما فیه من منع الاقتضاء و لو سلّم فلا حجّة فی قولهم ما لم یقم علیه دلیل مضافا إلی ان اشتراط الخیار بعد الردّ أحد أقسام اشتراط الردّ و ذلک مسلّم لکنّا ندّعی جواز اشتراط انقطاع البیع بنفس الردّ فمن أنکر جواز ذلک و صحّته فعلیه الدّلالة و لیس کما عرفت فتبقی عموم أدلّة الشروط محکما مؤیدا بأصالة الجواز و من هنا ظهر حجّة القول الثانی کما ظهر کونه الأقرب و إن کان الأقوی منه مدار ما أوقعاه من الشرط قاصدین من الصّور الخمس المزبورة و غیرها ثمّ انّ علّامة المصابیح قال انّ الفسخ کما یحتاج الیه علی المشهور من انتقال المبیع بنفس العقد فکذا علی القول بانتقاله بمضیّ الخیار أو

ص: ۶۲

العقد على هذا القول و ان لم يكن ناقلا من حينه غير انّه يفيد الملك إذا انقضى الخيار و لا يفسخ البائع فلا يستقرّ ملكه الّا بالفسخ فالفسخ لا بدّ منه على القولين و ان افترقا فى وجه الاحتياج لكونه على الأوّل لعود الملك و على الثانى لاستقراره انتهى و على منواله نسج؟؟؟ جمع ممّن عادتهم الجرى على مجريه كسيّد مفتاح الكرامة و غيره

قوله طاب ثراه مع انّ ظاهر الأخبار (- اه-)

هذا الاستظهار فيه ما مرّ من كون الأخبار من هذه الجهة مهملة غير متعرّضة لبيانها

[الأمر الرابع من مسقطات البيع الخيارى سقوط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد]

قوله طاب ثراه على الوجه الثّانى (- اه-)

لا يخفى عليك جواز الإسقاط على الوجه الخامس (- أيضا-) لانّ الشّرط قد أحدث له حقّ إلزام البائع بالإقالة عند ردّ الثّمن فله ان يسقط ذلك الحقّ فلا وجه لقصر (- المصنف-) (- ره-) جواز الإسقاط بالوجهين الأوّلين بل ربّما أورد عليه بعضهم بجواز الإسقاط على الوجه الثالث و الرّابع (- أيضا-) و يمكن الجواب بانّ المشروط فى العقد انّما هو كون الردّ فسخا فعليّا على الثالث و سببا للانفساخ على الرّابع و مؤدّى الاشتراط انّما هو جعل اثر للردّ أمضاه الشّارع بعموم المؤمنون عند شروطهم و لا دليل على انّ عدولهما عن ذلك المجعول يثمر فى انحلال الجعل لانّ الحكم بجواز الإسقاط انّما هو من باب سلطنة النّاس على أموالهم و حقوقهم و المجعول هنا كما انّ له جهة حقّ فكذا له جهة انجعال ليس بيد احد (- فت-)

قوله طاب ثراه بناء على انّ تحقّق السّبب و هو العقد كاف فى صحّة إسقاط الحقّ

أراد بذلك دفع اشكال لزوم إسقاط ما لم يجب الّذى يورد فى أمثال المقام و حاصل الدفع انّه انّما يلزم الإشكال ان لو كان الإسقاط قبل تحقق سبب الخيار و مقتضيه و هو العقد و امّا بعد حصول المقتضى فلا مانع من إسقاط ذلك الّذى يقتضيه هذا المقتضى و لو كان تحقّق الأثر بعد حين ففعليّة الاقتضاء كافية فى الإسقاط و إن كان المقتضى بالفتح لا يتنجّز الّا بعد حين فغرض (- المصنف-) (- ره-) انّ نفس الاقتضاء حيث انّ ثبوته للعقد حقّ للشّخص يجوز للشّخص إسقاطه فلا وجه لمناقشة بعضهم فيه بانّ الثّابت انّما هو سلطنة الشّخص على إسقاط نفس الحقّ لا سببه و كون سببه بيده لا يقتضى أزيد من كونه مختارا فى إيجاده و عدمه لا مختارا فى تأثيره كى لا يؤثّر إذا أسقطه انتهى فانّ فيه انّ غرض (- المصنف-) (- ره-) ليس هو تجويز إسقاط نفس السّبب بل إسقاط ما ثبت له من القابليّة لأن يؤثّر الأثر الفلانى و هذا لا مانع منه و عليه فيجوز الإسقاط حتّى فى مورد كلام التّذكرة (- أيضا-) و ربّما علّل بعضهم جواز الإسقاط فى أمثال المقام بانّ المانع من إسقاط ما لم يجب و القدر المسلّم من بطلانه ما إذا أنشأ الإسقاط فى غير محلّ الثبوت و امّا إذا أنشأ سقوطه فى محلّ ثبوته فلا مانع منه الّا الإجماع و القدر المسلّم منه ما لم يوجد المقتضى و امّا إذا وجد فلا إجماع و لا مانع عقليّا (- أيضا-) بالفرض و فيه انّ المانع من عدم صحّة إسقاط ما لم يجب ليس هو الإجماع كما زعمه بل المانع انّ مفهوم الإسقاط قد أخذ فيه ازالة الثابت فيما لم يثبت هناك شيء لم يتحقّق إسقاط و هذا المعنى هو مستند المجمعين لا غير فالحقّ فى الجواب ما أشار إليه الماتن (- ره-) من انّ المسقط انّما هو الأثر الثّابت للعقد فانّ ذلك الأثر لمّا كان عائدا إلى نفع المشروط له كان له إسقاطه

قوله طاب ثراه الّا ان يفرّق هنا بانّ المشروط له (- اه-)

محصّل الفرق انّ الردّ ممّا يعدّ حقّا له بخلاف التفرّق و لهذا عبّر بأنّه مالك و بالتّملّك و الّا فلا فرق بين الردّ و التفرّق فى كون كلّ منهما فعلا اختياريّا لصاحب الخيار و كونه سببا لحدوث الخيار و إن كان سببيّة التفرّق من حيث كونه جزء أخيرا للعلّة التّامّة لا علّة تامّة بحسب الذّات لكنّ الإنصاف عدم تماميّة الفرق و انّ الحقّ هو جواز الإسقاط حتّى فى مفروض كلام التذكرة لأنّه و ان لم يملك

الفسخ بالعقد لكن ملك ان يملكه فله إسقاط ملك ان يملك كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و يسقط (- أيضا-) بانقضاء المدّة (- اه-)

سقوطه بذلك ممّا لا خلاف فيه بل ادّعى جمع الإجماع عليه و الوجه فى ذلك اقتضاء تعيين المدّة ارتفاعه بانقضائها فيرجع فيما بعد المدّة إلى أصالة اللّزوم من غير فرق بين ان يكون انقضاء المدّة بتركه الردّ و الفسخ فى المدّة اختيارا و اضطرارا التفاتا أو غفلة أو زعما بقاء المدّة أو مكرها على ترك الردّ حتّى انه لو أخّر الفسخ لتعزير البائع إيّاه بالأخبار ببقاء الوقت الى أيّام فترك بالفسخ ثمّ بان انقضاء المدّة بعد اخبار البائع بيوم مثلا سقط خياره

قوله طاب ثراه و لو ظهر معيبا كفى فى الردّ و له الاستبدال

الجمع بين الحكم بكفاية ذلك فى تحقّق الردّ و الحكم بان له الاستبدال ممّا لا وجه له لانّ الحكم بانّ له الاستبدال انّما هو لدعوى انصراف الردّ الى ردّ الثمن أو البدل صحيحا فاذا ردّ المعيب كان خارجا من المنصرف فيلزم الإبدال و (- ح-) فلقائل أن يقول إذا سلّمت الانصراف الى الصّحيح كان لازمه عدم كفاية ردّ المعيب فى جواز الفسخ (- أيضا-) لانّه غير ما علّق عليه التسلّط على الفسخ و بعبارة أخرى فكما انّه إذا قال بشرط الخيار لى إذا رددت البدل الصّحيح للثمن لا يثبت له الخيار إذا ردّ المعيب فكذا إذا انصرف البدل الى الصّحيح فتأمّل

قوله طاب ثراه و يسقط (- أيضا-) بالتصرّف (- اه-)

ينبغى تقييد التّصرف بالتصرّف المزيل للعين المانع من الردّ ضرورة انّ السّقوط (- ح-) انّما هو لعدم إمكان الردّ المتوقّف عليه سلطنته على الفسخ و من البيّن فقد هذا المعنى فيما إذا تصرّف تصرّفا غير مانع من الردّ ثمّ انّه قال والدى الشّيخ العلّامة أعلى اللّه تعالى مقرّه و مقامه انّ مراده تصرّف البائع فى الثمن المعيّن الّذى أخذه من المشترى و لم يتعرّض يعنى الماتن (- ره-) لتصرّف البائع فى المبيع لانّه لا مجال لاحتمال كونه مسقطا للخيار لان تصرّف الرّجل فيما انتقل عنه مما لا مساس له بالإسقاط نعم لو كان التصرّف فيما انتقل عنه ممّن له خيار كان تصرّفه فيه فسخا و المفروض انّ البائع ليس له الخيار فى هذا المقام و انّما الخيار للمشترى و على هذا فلا وقع لمّا كتبه العلّامة المجلسى (- ره-) على صحيح سعيد بن يسار المتقدّم ذكره فى كلام (- المصنف-) (- ره-) فى طىّ اخبار المسئلة من انّه لعلّه يدلّ على عدم سقوط هذا الخيار بتصرّف البائع كما لا يخفى انتهى كلامه علا مقامه ثمّ انّ سقوط خيار المشترى بتصرّفه فى المبيع و خيار البائع بتصرّفه فى الثمن هو خيرة المقنعة و (- يه-) و (- ف-) و (- ط-) و المراسم و جواهر الفقه و الغنية و (- ئر-) و الشّرائع و (- فع-) و (- عد-) و (- كرة-) و (- شاد-) و التّنقيح و (- مع صد-) و اللّمعتين و (- لك-) و محكى الكافى للحلبى و (- ير-) و شرح (- شاد-) للفخر و تعليق (- شاد-) للكركى و (- س-) و حواشى القواعد للشّهيد و غاية المرام و إيضاح (- فع-) و الميسيّة و غيرها بل فى مفتاح الكرامة و الجواهر نفى وجدان الخلاف فيه و ربّما حكى فى الرّياض و مفتاح الكرامة و غيرهما عن الغنية نفى الخلاف فيه و استظهر فى المفتاح منه عدم الخلاف فيه بين المسلمين و من لاحظ عبارة الغنية ظهر له فساد النّسبة لأنّه قال و ينقطع هذا الضّرب من الخيار بأحد ثلثة أشياء انقضاء المدّة المضروبة له بلا خلاف و التخاير فى أثنائها بدليل الإجماع من الطائفة و التصرّف فى المبيع انتهى و هو كما ترى قد نفى الخلاف عن السّقوط بانقضاء المدّة و ادّعى الإجماع على السّقوط بالتّخاير و أهمل الاستدلال على السّقوط بالتصرّف و ربّما حكى فى الجواهر و غيره عن (- ف-) دعوى الإجماع عليه و ليس فيه الّا إطلاق قوله بعد بيان سقوط خيار المشترى بوطى الأمة

ص: ۶۳

دليلنا إجماع الفرقة على انّ المشترى متى تصرّف فى المبيع بطل خياره انتهى و هو إن كان بإطلاقه الخيار يشمل خيار الشّرط الّا انّ مورد كلامه خيار الحيوان و ان لم يصرّح به و يشهد بذلك انّه قال بعد ذلك و اخبارهم معروفة ذكرناها فى الكتاب المقدّم ذكره انتهى حيث انّ الّذى ورد به النصّ انّما هو سقوط خيار الحيوان بالتصرّف كما لا يخفى نعم ما عزى الى (- مع صد-) من دعوى الإجماع عليه لا ينكر لانّه قال عقيب قول العلّامة (- ره-) عند بيان حكم خيار الشّرط و يسقط بالتصرّف ما نصّه إجماعا هذا و ادّعى تحصيل الإجماع عليه الفقيه الغروى (- ره-) (- أيضا-)

قوله طاب ثراه لإطلاق ما دلّ على انّ تصرّف ذى الخيار (- اه-)

قد تمسّكوا للقول المشهور من سقوط خيار الشّرط بالتّصرّف بوجوه هذا أحدها و لعلّ نظره فى التمسّك بالإطلاق عدم مخصّصية المورد و حينئذ فإليه يرجع ما تمسّك به فى مفتاح الكرامة من العلّة المنصوصة فى الحيوان الدالّة على انّ تصرّفه فيها امارة الالتزام بالرّضا المشعرة بأنّه المعيار فى سقوط الخيار على الإطلاق و لو فى هذا المضمار و أشار بالعلّة المنصوصة فى الحيوان الى قوله عليه السّلام فى صحيح ابن رئاب المتقدم عند الكلام فى سقوط خيار الحيوان بالتصرّف فإن أحدث المشترى فيما اشترى حدثا قبل الثّلثة الأيّام فذلك رضا منه فلا شرط و لكن ناقش فى ذلك فى الجواهر بانّ الفاء فيه رابطة لا تعليليّة و يمكن الجواب بانّ المستدلّ لا يدّعى كون الفاء تعليليّة بل أراد انّ سوق الكلام يقتضى كون الجملة علّة فتأمّل ثمّ انّ صاحب الجواهر (- ره-) بعد المناقشة المذكورة قال نعم بعد تعذّر إرادة الحقيقة من الحمل فيه وجب حمله على ارادة دلالته على الرّضا و (- ح-) لا تفاوت بين الحيوان و غيره ضرورة اعتبار ما دلّ عليه من الأفعال و الأقوال و المناقشة فيما لم يصل الى حدّ العلم فى الأوّل يدفعها (- ح-) هذا الصّحيح و غيره و احتمال قصره على خصوص الحيوان كما ترى انتهى و لا بأس به و ربّما تمسّك بعضهم بالخبر المذكور بضميمة تنقيح المناط للقطع بعدم خصوصيّة للحيوان و تمسّك فى مفتاح الكرامة به بضميمة الأولويّة قال لانّه متى سقط به الخيار الأصلى فالمشترط أولى بأن يسقط به انتهى و يمكن منع الأولويّة الثّانى ما تمسّك به فى الجواهر من الإجماع المنقول بعد شهادة التتبع له و هو كما ترى الثّالث انّ الشيخ و القاضى (- رهما-) نقلا ورود الأخبار من طريق الأصحاب بذلك محتجّين بها عليه و كفى بهما ناقلين تمسّك بذلك فى مفتاح الكرامة و غيره بعد جبره بالشّهرة و تأييده بالإجماع و أنت خبير بأنّ الّذى ينجبر بالشّهرة انّما هو إرسال المتن لا إرسال المضمون الّذى مرجعه الى اجتهاد المرسل الرّابع القوىّ الّذى رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن علىّ بن إبراهيم عن أبيه عن النّوفلى عن السّكونى عن أبى عبد اللّه عليه السّلام انّ أمير المؤمنين (- ع-) قضى فى رجل اشترى ثوبا بشرط الى نصف النّهار فعرض له ربح فأراد بيعه قال فليشهد انّه قد رضيه فاستوجبه ثمّ ليبعه ان شاء فان اقامه فى السّوق و لم يبع فقد وجب عليه تمسّك به فى (- ئق-) قائلا بعد إيراده أنّه حمل بعض الأصحاب الأمر بالإشهار على الإرشاد لو وقع النّزاع أو الاستحباب ثمّ قال و الخبر صريح فى انّه مع الالتزام بالعقد يسقط الخيار و ظاهره (- أيضا-) انّه يسقط بالتصرّف و ان اقامه فى السّوق و جعله فى معرض البيع و ان لم يبعه تصرّف مسقطا للخيار انتهى و فيه انّ ظاهر الخبر انّما هو السّقوط بالاستيجاب و الالتزام بالبيع و إسقاط الخيار و ذلك مسلّم لا ربط له بما نحن فيه و قوله عليه السّلام فان اقامه فى السّوق (- اه-) ليس مسوقا لبيان سقوط الخيار بمجرّد التصرّف الّذى هو اقامته فى السّوق و جعله فى معرض البيع و انّما هو مسوق لبيان انّ الاستيجاب مسقط للخيار و إن كان الدّاعى اليه و هو ارادة البيع غير متفرّع على استيجابه فالمراد بذلك و اللّه العالم انّه ان اقامه فى السّوق بعد استيجاب البيع و الالتزام به و إسقاط الخيار ثمّ لم يبعه لم يكن عدم بيعه إيّاه سببا لعود الخيار الزائل بالإسقاط فالخبر أجنبىّ عمّا نحن

قوله طاب ثراه و المحكى عن المحقق الأردبيلى و صاحب الكفاية إلى أخره

قال فى مجمع الفائدة اعلم انّى ما رأيت دليلا على كون التصرّف (- مط-) مسقطا و لا بيان للتصرّف الّا ما تقدم من الرّواية الدّالة على بطلان الخيار بالتصرّف فى الدابّة بالحدث و فى الجارية باللّمس و التّقبيل و النّظر الى ما لا يجوز قبل الشّراء و (- أيضا-) ليس كلّ

تصـرّف فى كلّ خيار مسـقطا لما تقـدّم من انّ التصـرّف فى خيار الغبن و خيار المجلس ليس بمسـقط و لعلّ عندهم دليلا ما نعرفه من إجماع و نحوه فيما يقولون بسـقوطه بالتصـرّف انتهى و قال فى الكفايهٔ الظّاهر انّ الخيار لا يسـقط بالتصـرّف كما قاله بعض الأصحاب لظاهر الرّوايات انتهى

قوله طاب ثراه لانّ المدار فى هذا الخيار (– اه–)

فيه انّه أخصّ من المدّعى لاختصاصه بتصرّف البائع و المدّعى أعمّ من ذلك

قوله طاب ثراه و للموثّق المتقدّم المفروض فى مورده تصرّف البائع (– اه–)

أراد بالموثّق موثق إسـحاق بن عمّار المزبور آنفا حيث انّ المفروض فيه تصـرّف البائع فى الثمن و بيع الـدّار لأجل ذلك مع التّصـريح فى ذيل الخبر بكون الغلّهٔ للمشترى و (– أيضا–) فيه دلالهٔ على تصـرّف المشترى فى المبيع لكن مال والدى العلّامهٔ أعلى اللّه تعالى فى الرّوضـات مقـامه معترضـا على (– المصـنف–) (– ره–) مـا لفظه لاـ يخفى انّه لم يفرض فى مورد الموثق وقوع التصـرّف من البائع فى الثّمن و انّمـا المفروض احتياجه الى بيع الـدّار المساوى لما ذكره من بيع الـدّار لأجل الحاجـهٔ و التصـرّف الّا ان يقال انّ تصـرّف البائع لازم فرض احتياجه الى بيع الـدّار لكن كان من اللّازم عليه (– ره–) لو كان مراده هـذا ان يـذكر التصـرّف بعـد بيع الدّار لأجل الحاجهٔ كما لا يخفى كما انّه ليس فى كلام المحقّق الأردبيلى (– ره–) تصريح بتضمّن الرّوايهٔ وقوع التصرّف من البائع فى الثمن لأنّه (– ره–) قال فى شـرح الإرشاد ما نصّه انّ الظاهر عدم سـقوط خيار الشّـرط بالتصـرّف (– مط–) لانّ غالبه الاحتياج الى الثمن و التصرّف فيه فلو كان تصـرّف البائع فيه مسـقطا لخياره فلا يترتّب عليه الفائـدهٔ و يؤيّده ما تقدّم من مرسـلهٔ إسـحاق بن عمّار انّه باع رجل داره إلى سـنهٔ للاحتياج الى ثمنه قال لا بأس بهـذا ان جاء بثمنها إلى سـنهٔ ردّها اليه و دلّت على انّه لو تصـرّف المشترى (– أيضا–) فيه بأخذ الغلّهٔ لم ينفسـخ و هو ظـاهر و يؤيّـده (– أيضا–) عمل النّاس فانّ مـدار شـرط استرجاع الثّمن على التصـرّف فيه و ليس الغرض من بيعه بـذلك الشّرط الّا التصرّف فى الثّمن و بقاء الخيار إلى المدّهٔ المشترطهٔ فالظّاهر عدم السّقوط (– ح–) بل عدم سقوط خيار المشترى (– أيضا–) بالتصـرّف فى المبيع للأصل و الأدلّهٔ المتقدّمهٔ مع عدم دليل فى السّـقوط بالتصـرّف (– مط–) و لانّ الغالـب انّه انّما يشترى للانتفاع فى الجملهٔ فى هذه المدّهٔ بالمبيع فى مقابلهٔ ثمنه و الّا كان يقرضه و يترك هذا البيع ليفوز بثواب القرض نعم يمكن ذلك فى خيار الشـرط الّذى ما اشترط فيه استرجاع البيع و لا استرجاع الثمن فإنّه كما يجوز اشتراط استرجاع المبيع يجوز اشتراط استرجاع الثّمن (– أيضا–) و هو ظاهر و الدّليل مشترك الّا انّ مرسـلهٔ إسـحاق فى المبيع فقط ثمَّ على تقدير تسـليم ذلك (– مط–) يمكن إخراج ما شـرط فيه عدم سقوطه بالتصـرّف سواء تلفّـظ ذلـك أو يكون ذلـك من نيّتهمـا و قصـدهما و يكون علمهمـا بأنّه انّما يفعلان ذلك للتصـرّف كافيا و يمكن حمل كلام الأصحاب انّ التصرّف فى خيار الشّرط مسقط على غير

ص: ۶۴

الصّور الّتی ذكرناها أو حمل تصرّف المشتری فی الثّمن و البائع فی المبيع تصرّفا و الّا علی الملك و الفسخ مثل البيع و العتق و قد عرفت صحّة إطلاق الخيار عليه مع الفسخ هذا كلام المحقّق الأردبيلی (- ره-) نقلناه بطوله لتسهيل الأمر علی من أراد الوقوف علی مجامع مطلوبه

قوله طاب ثراه بما محصّله (- اه-)

عين عبارته فی المصابيح هكذا التصرّف المسقط للخيار ما كان فی زمن الخيار و الخيار هنا بعد الردّ لكونه مشروطا به فيكون متأخّرا عنه و مقتضی النصّ و التعليلين المذكورين عدم السّقوط بالتصرّف الواقع قبله و هو (- ككك-) لانّه تصرّف فی وقت اللّزوم و لا يسقط به الخيار كما لا يسقط بالفسخ الصّريح علی ما صرّحوا به و الخيار و إن كان مقدورا فی المدّة المشترطة للقدرة علی سببه الّذی هو الردّ الّا انّ التمكّن منه لا يقتضی تحقّقه بالفعل و الحكم منوط بالفعليّة دون القوّة مع انّ القوّة غير مطّردة فيما اشترط فيه الردّ فی وقت منفصل عن العقد كيوم بعد سنة فالسّنة لا خيار فيها بالفعل و لا بالقوّة انتهی

قوله طاب ثراه و ناقش بعض من تأخّر (- اه-)

هذا البعض هو صاحب الجواهر (- ره-)

قوله طاب ثراه و تضعيف كثير من الأصحاب (- اه-)

عطف علی إطلاق العرف يعنی انّ الظاهر من تضعيف كثير من الأصحاب قول الشيخ هو كون مجموع المدّة زمان الخيار و توضيح ما ذكره علی ما؟؟؟ افاده الوالد العلّامة أنار اللّه برهانه انّ الشّيخ (- ره-) قال بانّ المبيع لا يملك بالعقد وحده بل يملك به و بانقضاء زمان الخيار جميعا خلافا للأكثر حيث ذهبوا الی انّه يملك بمجرّد العقد فأوردوا علی الشّيخ (- ره-) ببعض اخبار المسئلة الدالّ علی ان غلّة المبيع للمشتری كموثقة إسحاق بن عمّار المتقدّمة فی كلام (- المصنف-) (- ره-) و وجه الإيراد انّه لو كان تحقق ملك المبيع موقوفا علی انقضاء زمان الخيار لم يكن وجه لتملّك المشتری نماء المبيع الّذی اشترط ردّه الی البائع عند ردّ الثمن ضرورة انّه لو لم يصر المبيع ملكا للمشتری كان اللازم بقائه علی ملك البائع و مع بقائه علی ملكه لا معنی لصيرورة النّماء ملكا للمشتری لانّ من المقرّر عندهم انّ النّماء يتبع الأصل فی الملك و إذ قد عرفت ذلك نقول انّ وجه الاستشهاد بتضعيفهم قول الشيخ (- ره-) بمثل الموثقة المذكورة هو ان جميع ما يحصل من غلّة المبيع من حين قبض المشتری إيّاه الی ان يتحقّق الفسخ من البائع بردّ الثّمن انّما هی للمشتری و لو لا كون ثبوت الخيار من حين العقد الی ان يقع الفسخ من البائع مسلّما عندهم لم يكن لتضعيفهم ذلك وجه

قوله طاب ثراه امّا الأوّل فلأنّه لا مخصّص (- اه-)

قلت الحق هو التّفصيل بين ما إذا كانا قد اشترطا ردّ عين الثمن و بين غيره بكون التصرّف مسقطا علی الأوّل لكون التصرّف فی العين مع اشتراط ردّها تفويتا لمحلّ الخيار فيدلّ علی الرّضا بسقوطه بخلاف الثّانی فإنّ التصرّف لا يدلّ علی الرّضاء و لا يقتضی السّقوط من غير فرق بين ما إذا كان الثّمن كلّيا و ما إذا كان معيّنا اشترطا ردّ الأعمّ من العين و البدل و المخصّص لدليل سقوط الخيار بالتصرّف انّما هو ملاحظة حكمه شرع هذا الخيار و هی انتفاع البائع بالثمن فی تلك المدّة فلو كان التصرّف مسقطا للخيار لكان نقضا للغرض و لازم ما ذكره (- المصنف-) (- ره-) فی ردّ هذا الوجه هو تفصيله بما فصّلناه لا قصر عدم السّقوط علی ما إذا كان الثمن كلّيا لأنّ الكلّی يتشخّص بقبض الفرد و لذا لو شرط ردّ عين ما يقبضه مصداقا للكلّی لصحّ الشّرط و لزم الوفاء به

قوله طاب ثراه و امّا الثانی فلانّ المستفاد (- اه-)

قلت مضافا الی النقض بما إذا شرطا الخيار فی كلّ ان الی شهر فانّ الخيار (- ح-) متقدّم علی التصرّف و لا يتأتّی فيه ما ذكره

قوله طاب ثراه و الظاهر عدم الاشكال (- اه-)

نفيه للإشكال هنا مناف لما أسبقه من الإشكال فی جواز الإسقاط علی الأوّل و كذا يأتی منه (- ره-) الاستشكال فی ذلك عن قريب

بقوله و جاء فيه الإشكال فى صحّة الإسقاط هنا و لو قولا (- اه-)

قوله طاب ثراه ففيه انّها لا تقدح مع تحديد زمان التسلّط (- اه-)

أراد بذلك بيان ما اسبقناه فى أوّل هذا الأمر من انّ الجهالة إنّما تضرّ بالشرط المذكور إذا كان مجهولا صرفا و امّا إذا كان زمان التسلّط على الردّ و الفسخ معلوما كشهر و سنة فلا جهالة و لا قدح فيها و إن كان مبدء الخيار مجهولا فراجع و تدبّر

قوله طاب ثراه لكنّ الفرق يظهر بالتأمّل (- اه-)

وجه الفرق على ما افاده الشيخ الوالد قدّس اللّه روحه الزكيّة انّ الجهالة إنّما تضرّ فى الشّروط و غيرها من الأمور الّتى يبنى عليها المتعاقدان لا فى جعل الشّارع قانونا كلّيا ينطبق فى كلّ مورد على شىء من الأمور الشخصيّة و ما ذكره العلّامة (- ره-) من قبيل الأوّل فيضرّ فيه الجهالة من حيث كونه اشتراطا من العاقد لأمر مجهول و ما ذكر فى المناقشة من قبيل الثّانى لابتنائه على انّ الشّارع انّما جعل مبدء الخيار حين الردّ ثمّ انّه أنار اللّه برهانه احتمل الفرق بوجه أخر و هو انّ مبدء الاستحقاق و التسلّط فيما ذكره العلّامة (- ره-) فى (- كرة-) غير معلوم بخلاف ما نحن فيه فانّ مبدء الاستحقاق و التسلّط معلوم و المجهول انّما هو زمان تحقّق الفسخ فعلا ثمّ قال (- قدّه-) و هذا الوجه انّما يتمّ بناء على جعل ما فى (- كرة-) من قبيل الوجه الأوّل من الوجوه الخمسة المتقدّمة فى كلام (- المصنف-) (- ره-) و جعل ما ذكره من قبيل الوجه الثّانى من تلك الوجوه

[الأمر الخامس لو تلف المبيع كان من المشترى سواء كان قبل الرد أو بعده]

قوله طاب ثراه و يحتمل عدم الخيار بناء على (- اه-)

لقد أجاد من قال انّ اختلاف الحكم بثبوت الخيار و عدمه يدور فى مثله مدار الشّرط المأخوذ فى العقد فإن كانا اشترطا بقاء المبيع لم يكن إشكال فى سقوط الخيار مع تلفه و ان لم يشترطا ذلك لم يكن إشكال فى بقاء الخيار حتّى مع تلف المبيع و انّ المرجع فى تعيين الاشتراط هو الظّهور لو كان و مع عدمه فالمتّبع هو أصالة الإطلاق و عدم الاشتراط و (- ح-) فلا وجه لما فى المتن من احتمال الخيار مع استظهار الاشتراط بل كان عليه ان يجزم بعدم الخيار الّا ان يكون نظره الى الواقع مع عدم اصابة الظّهور إيّاه و عدم موافقته له

قوله طاب ثراه ثمّ انّه لا تنافى بين شرطيّة (- اه-)

غرضه بذلك بيان انّ حرمة إتلاف المشترى للمبيع و وجوب إبقائه له ليس من باب شرطيّة بقاء العين فى السّلطنة على الفسخ حتّى يناقش بأنّ الشّرطيّة لا تدلّ على الحكم التّكليفى بل وجوب الإبقاء انّما هو للالتزام به فى ضمن العقد بالدّلالة الالتزاميّة و مخالفة الالتزام و تفويت حق الغير محرّمة

قوله طاب ثراه كما ذكره بعض المعاصرين

(۱۱) هذا البعض هو صاحب الجواهر (- ره-) فإنّه قال عند الكلام فى أحكام الخيار بعد نقل إلحاق الثمن بالمبيع عن بعضهم ما لفظه و هو من غرائب الكلام ضرورة كون النصّ و الفتوى فى خصوص المبيع دون الثمن بل ظاهر خبر معاوية بن ميسرة من اخبار اشتراط الخيار بردّ الثمن انّ تلف الثمن من البائع و انّه ملكه و إن كان الخيار له (- إلخ-)

قوله طاب ثراه و انّما المخالف لها هى قاعدة (- اه-)

(۱۲) الضّمير المجرور عائدا إلى القاعدة يعنى انّ المخالف لقاعدة كون التّلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له انّما هى قاعدة كون الخراج بالضّمان حيث انّ مفاد القاعدة الأولى كون التّلف هنا من المشترى و مفاد القاعدة الثانية كون التّلف من البائع لأنّه الّذى يستحقّ نماء الثّمن فيكون تلفه عليه و ربّما أورد بعضهم على (- المصنف-) (- ره-) أوّلا بأنّ حال قاعدة كون الخراج بالضّمان هى

حال الرّواية بعينها فى عدم المخالفة لقاعدة كون التلف ممّن لا خيار له من حيث

ص: ۶۵

هما (- ككك-) و المخالفة فی كلّ منهما إذا ضمّ الإجماع علی كون نماء الثّمن للبائع و ثانیا بأنّ قاعدة التّلف حاكمة علی قاعدة كون الخراج بالضمان لانّ معنی كون التّلف ممّن لا خیار له هو انفساخ البیع و رجوع التالف انا ما الی ملك من لا خیار له و تلفه فی ملكه و معه فلا یبقی مجری لقاعدة الخراج لأنّها انّما تقتضی كون الضّمان علی مالك العین نعم من قال بإثبات القاعدة الضمان لتلف العین و ان لم یكن مالكا لها كالمستأجر و المستعیر و أمثالهما أنكر الحكومة لكن الشأن فی شمول القاعدة لمثل ذلك و ثالثا بأنّ قاعدة التّلف أخصّ من قاعدة الضّمان لاختصاص الأولی بتلف مال ذی الخیار فی زمان الخیار المختصّ به بخلاف الثّانیة فإنّها تجری فی تلف مال غیر ذی الخیار (- أیضا-) و أنت خبیر بسقوط الإیرادات بأجمعها امّا الأوّل فلأنّه لا معنی لضمّ الإجماع إلی الرّوایة لأنّهما متّحدان فی المؤدّی لأنّ الرّوایة نطقت بكون نماء الثمن للبائع و الإجماع نطق بذلك (- أیضا-) و ان أراد المورد كون مورد الإجماع شاملا لنماء الثمن و المبیع جمیعا و ضمّ الإجماع علی كون نماء المبیع للمشتری ان تمّ الی ما نطق به الخبر من كون تلف المبیع من المشتری اتّجه علیه انّ الرّوایة علی هذا توافق القاعدة (- أیضا-) لجعلها التّلف ممّن لا خیار له و هو المشتری فالإیراد غیر وارد و امّا الثّانی فلانّ مفاد القاعدة انّما هو كون الضّمان لتلف العین و ان لم یكن مالكا لها و لذا تری اجراء أبی حنیفة إیّاها فی كرایة البغل الّذی اكتراها فتجاوز به عن المكان المشروط فیما بینهما و ورود النصّ بخلاف ذلك منّا لا یضرّ لانّه یكون مخصّصا للقاعدة و ان شئت العثور علی تفصیل الكلام فی القاعدة فراجع مسئلة ضمان المنفعة المستوفاة من العین المقبوضة بالبیع الفاسد من غایة الآمال و امّا الثّالث فلانّ قاعدة التّلف و إن كانت أخصّ من قاعدة الضّمان من الجهة المذكورة إلّا انّها أعمّ منها من جهة أخری و هی شمولها لما إذا كان ذو الخیار مالكا للنّماء أم لا كما إذا اشترط عدم كون النّماء له كما انّها تشمل ما إذا كان ذو الخیار مالكا للعین أم لا كما إذا اشترط الخیار لأجنبیّ و هذا بخلاف قاعدة الضّمان فإنّها لا تجری بالنّسبة الی غیر مالك العین علی ما زعمه المورد و اعترف به

قوله طاب ثراه نعم الإشكال فی عموم تلك القاعدة (- اه-)

یأتی تحقیق ذلك عند تعرّض (- المصنف-) (- ره-) للقاعدة فی أحكام الخیار إنشاء اللّه تعالی

قوله طاب ثراه و فیه مع ما عرفت (- اه-)

أشار بذلك الی ما أسبقه من منع عدم ثبوت الخیار قبل الردّ (- مط-) و انّ ذلك یتبع الشّرط فان شرط تحقّق الخیار عند ردّ الثمن لم یكن قبله خیار و ان اشترط الخیار فی تمام المدّة و علّق اعماله علی ردّ مثل الثمن ثبت الخیار من حین العقد فغرضه (- قدّه-) من منع المبنی منع كلّیة لا منعه (- مط-) ضرورة انّ عدم الخیار له قبل الردّ فی الفرض الأوّل ممّا لا شبهة فیه

قوله طاب ثراه فانّ دلیل ضمان (- اه-)

غرضه انّ البناء فاسد و انّ مقتضی قاعدة التّلف كون تلف الثمن قبل الردّ فی صورة تعلیق الخیار علی الردّ (- أیضا-) من المشتری الّذی لا خیار له لشمول القاعدة للخیار المنفصل (- أیضا-) فالبائع له الخیار بعد الردّ و هو الخیار المنفصل فیلزم كون التّلف من مقابله و هو المشتری و ربّما أورد بعضهم علی الماتن (- ره-) بعدم جریان القاعدة فی الخیار المنفصل لقوله علیه السّلام فی بعضها حتی ینقضی الشّرط و یصیر المبیع للمشتری قال إذ فی الخیار المنفصل قد حصل المبیع للمشتری أی صار ملكا مستقرّا له فی زمان اللّزوم و هو قبل مجیء زمان الخیار انتهی و فیه انّ المراد بالصّیرورة فی الخبر انما هی الصیرورة المستقرّة اللّازمة و حصول الملك المستقرّ فی الخیار المنفصل ممنوع لأنّ العلقة المعلّق تنجزها علی الردّ كافیة فی إثبات التّزلزل للعقد و لذا لا یجوز للمشتری فی الخیار المنفصل أیضا إتلاف المبیع كما لا یخفی ثمّ لا یخفی علیك انّه ربّما یتّجه علی (- المصنف-) (- ره-) اشكال و هو انّه إذا كان أصل مورد قاعدة كون التّلف فی زمان الخیار ممّن لا خیار له هو المبیع و كون جریان حكمه فی الثمن من باب الإلحاق فما معنی جعله تلف المبیع من المشتری (- مط-) من غیر فرق بین كون التلف قبل الردّ أو بعده و تفرقته فی تلف الثمن فیما قبل الردّ و بعده و لقد كان ینبغی ان یذكر هذا الإشكال الّذی بناه علی عدم الخیار قبل الردّ فی الثمن فی المبیع (- أیضا-) و لم أجد لهذا الإشكال دافعا فتدبّر

جیّدا

[الأمر السادس فی تسلط البائع علی الفسخ برد الثمن]

قوله طاب ثراه مع انّ ما ذکره من اخبار المسئلة (- اه-)

الأخبار الّتی ذکرها فی (- ئق-) هی الأخبار المتقدّم نقلها من المصنّف (- ره-) فی أوّل المسئلة من دون زیادة و لا نقیصة فمن حاول صدق مقالة الماتن (- ره-) فلیلاحظ الأخبار المزبورة حتی یتبیّن له عدم دلالة شیء منها علی اعتبار حضور الخصم فی الفسخ

قوله طاب ثراه فیما لم یصرّح باشتراط الرّد (- اه-)

احترز بذلک عمّا لو اشترطا الردّ الی خصوص المشتری علی وجه القیدیّة فإنّه لا ینبغی الإشکال فی عدم صحّة الفسخ (- ح-) ما لم یرد الیه نفسه امّا بإقباضه أو بإحضاره عنده عند امتناعه من القبض الّا ان یشترط الإقباض منه نفسه بحیث لا یکون خیار إذا امتنع من القبض فإنّه یتبع الشّرط

قوله طاب ثراه لانّ الظاهر من الردّ (- اه-)

حاصله انّ ظاهر الدّفع إلی المشتری مع عدم التقیید بالخصوصیّة هو ارادة تملّک المشتری له و تحوّله من ذمّة البائع إلی ملک المشتری فإذا ضمّ الی ذلک کون الحاکم ولیّ الغائب و المجنون و غیرهما من القاصرین (- مط-) و قیامه مقامهم فی جمیع الأمور أفاد حصول شرط الفسخ و قد استدلّ بهذا الوجه من أطلق مثل الفاضل القمیّ (- قدّه-) حصول الشرط بردّه الی الحاکم و ذلک یکشف عن کون مراد من أطلق صورة عدم أخذ الردّ إلی المشتری بالخصوص قیدا و الّا لم یجز هذا الوجه و قد تقرّر فی الأصول انّ من جملة ما یستخرج به محلّ النزاع دلیل المسئلة فمن هذا الدّلیل یستکشف مراد المستدلّ به و ان صورة اشتراط الردّ الی خصوص المشتری خارجة من فرضه و انّه (- أیضا-) یسلّم عدم حصول الشّرط علیها بالردّ الی وکیله و ولیّه و هو ظاهر

قوله طاب ثراه و دعوی انّ الحاکم (- اه-)

هذه الدّعوی احد الوجوه المستدلّ بها للقول الثانی الّذی مرّت من الماتن (- ره-) حکایته عن المولی المجاهد فی مناهله و الثانی انّ الشرط انّما هو الفسخ إذا دفعه الیه فیبقی التسلّط علی الفسخ بدفعه الی الحاکم مشکوکا و الأصل لزوم البیع و فیه انّ عموم دلیل قیام الحاکم مقام القاصر مانع من التمسّک بأصالة اللّزوم الّتی مبناها امّا الاستصحاب الغیر الجاری مع الدّلیل أو عمومات لزوم الوفاء بالبیع و العقد الّتی هی عمومات نوعیّة یقدّم علیها العموم الشخصی الّذی هو هنا قیام الحاکم مقام القاصر الثّالث ما تمسّک به بعضهم من انّ لازم السّکوت عن الردّ الی غیره هو الاقتصار علی الردّ الیه و انّ عموم دلیل النّیابة و الولایة لا یجعل الردّ إلی الولیّ و الوکیل ردّا الیه بمعنی انّه لا یثبت تحقّق هذا الموضوع و المفروض انّ الحکم معلّق علیه و فیه انّه انّما یتّجه لو لا ظهور کون المراد من الردّ إلی المشتری حصوله عنده و امّا بعد الظّهور المذکور فلا وجه لما ذکره لانّ وضوح الغرض یکون قرینة علی إلقاء خصوصیّة المشتریتیّة و قد نبّه علی هذا الجواب المستدلّ (- أیضا-)

قوله طاب ثراه فهل یصحّ له الفسخ الی قوله وجوه (- اه-)

منشأ الوجه الأوّل امّا علی أصل الردّ فهو انّ الولی

ص: ۶۶

قائم مقام القاصر فيكون الدّفع اليه بمنزلة الدفع إلى المشترى الكامل و امّا على جواز الدفع إلى الولىّ الأخر (- مط-) حتى مع إمكان الدّفع الى من اشترى ولاية فهو انّ الوليّين إذا كانا فى درجة واحدة كانا بمنزلة شخص واحد فى جواز الشّراء من أحدهما و دفع العوض إلى الأخر فتأمّل و منشأ الوجه الثّانى امّا على جواز الردّ فما مرّ و امّا على جواز الردّ إلى الولىّ الأخر مع عدم إمكان الدّفع إلى الولىّ المشترى فعموم دليل الولاية و امّا على عدم جواز الدّفع إلى الولىّ الأخر مع إمكان الدفع إلى الولى المشترى فهو ان مورد الدّليل انّما هو الدّفع إلى المشترى فالدّفع الى غيره مع إمكان الدّفع اليه لا وجه له للشكّ الموجب لاستصحاب اللّزوم فتأمّل و منشأ الوجه الثالث أصالة اللّزوم خرج من ذلك الدّفع إلى الولىّ المشترى فيبقى غيره تحت الأصل

قوله طاب ثراه و لا يجرى ولايته (- اه-)

عطف على لا يجوز اى حتّى لا يجرى ولايته (- اه-)

[الأمر السابع إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن فاللازم رد جميع الثمن]

قوله طاب ثراه و لو شرط البائع الفسخ فى كلّ جزء (- اه-)

قد تنظر فى صحّة اشتراط الخيار فى كلّ بعض بردّ ما يقابله من الثّمن جمع منهم الشّهيدان و صاحب المستند قال فى (- س-) و لو شرط ارتجاع بعضه ببعض الثّمن و الخيار فى بعضه ففى الجواز نظر انتهى و قال فى (- لك-) و لو اشترط ارتجاع بعض ببعض الثمن أو الخيار فى البعض ففى صحته نظر من مخالفة النّصوص و عموم المسلمون عند شروطهم و هو أوجه انتهى و قال فى المستند بعد نقل عبارة (- لك-) ما لفظه و التحقيق انّه إن كان الشرط ردّ البعض دون ثبوت الخيار فالأوجه الصحة لعموم الوفاء بالشرط و إن كان ثبوت الخيار فى البعض ففيه نظر لما عرفت من انّ دليله الإجماع و تحقّقه فى البعض غير ثابت و الرّوايتان و شمولهما له غير ظاهر بل عدم الشمول أظهر أمّا الأولى فلحكمه عليه السّلام بانّ جميع المبيع لو تلف انّما هو من البائع و امّا الثانية فلأنّها قضيّة فى واقعة و منه يظهر فساد الشّرط لو شرط خيار فسخ البعض الأخر فى مدّة أخرى أو خيار فسخ الجميع بعضه فى مدّة و بعضه فى الأخرى انتهى و فيه نظر ظاهر ضرورة انّ اشتراط الخيار بردّ الثمن لم يكن مخالفا للقاعدة حتّى ينحصر مستنده فى الإجماع و الرّوايتين و يكون لصاحب المستند الردّ بفقد الإجماع هنا و ظهور الرّوايتين فى ردّ الجميع بل الحكم انّما هو على طبق القاعدة و لو لا الإجماع و الرّوايتان لقلنا بصحّة الشرط من باب عموم المؤمنون عند شروطهم و المناقشة بمخالفة شرط الخيار للسّنة ممّا لم أفهم إذ لا سنّة تقضى بفساد الشرط المذكور فما صدر من الشهيدين (- رهما-) من التنظّر فى صحّة اشتراط الفسخ فى كلّ جزء بردّ ما قابله ليس له وجه و العجب من صاحب المستند (- ره-) حيث فصّل بين اشتراط ردّ البعض من دون ثبوت الخيار و بين اشتراط الخيار فى البعض مع انّهما من واد واحد و لا فرق بينهما إلّا فى اللّفظ و الصّورة فتدبّر

قوله طاب ثراه كان للمشترى خيار التبعيض (- اه-)

فيه نظر لانّ مورد أدلّة خيار تبعّض الصّفقة ما لو لم يعلم المشترى بالتبعّض قبل البيع و ما لو لم يكن الدّاعى إلى التبعّض المشترى و هنا ليس (- كك-) لعلم المشترى بالتّبعّض لو لم يدفع جميع الثمن و (- أيضا-) فالمشترى هو السّبب فى التبعّض بترك دفع بعض الثمن

[الأمر الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذا يجوز للمشترى اشتراط الفسخ برد المثمن]

قوله طاب ثراه الأمر الثامن

أقول قد أهمل الماتن (- قدّه-) ذکر أمور أحدها انّه لا فرق فی جواز اشتراط الفسخ عند ردّ الثمن بین إطلاق الردّ فی المدّة و توزیعه علیها نجوما متساویة أو مختلفة مع اشتراط الخیار بنسبة الردّ و بدونه فإن أطلق توقف علی ردّ الجمیع و بالجملة فالمتّبع فی ذلک هو لفظ الشّرط الثّانی انّه کما یجوز اشتراط الخیار عند ردّ الثمن فکذا یجوز اشتراط الخیار بفعل من أحدهما أو ترک من أحدهما کان یشترط الخیار ان أعطاه الشّیء الفلانی أو یشترط الخیار ان ترک الفعل الفلانی الثّالث انّه یجوز ان یشترط أحدهما علی الأخر الفسخ عند ردّ الأخر ما انتقل الیه بحیث یکون الخیار للمردود الیه لا للرّاد کلّ ذلک لعموم أدلّة الشّروط

قوله طاب ثراه کذا یجوز للمشتری (- اه-)

هذا ممّا صرّح به جمع کثیر منهم الشّهیدان فی (- س-) و (- لک-) و المحقّق الأردبیلی (- ره-) فی مجمع الفائدة و فاضل الکفایة و صاحب کنز الفوائد و غیرهم للأصل و عموم أدلّة الشّروط و ظهور تساوی المتبایعین فی هذا الحکم فیجوز لهما معا اشتراط الرّجوع فیما انتقل منهما بردّ ما صار إلیهما سواء اتّحد الوقت أو اختلف

قوله طاب ثراه و فی جواز اشتراط ردّ بدله و لو مع التمکن من العین اشکال من انّه خلاف مقتضی الفسخ (- اه-)

هذا أحد شقّی الإشکال و الشقّ الآخر عموم المؤمنون عند شروطهم و فیما ذکره نظر لانّ اقتضاء الفسخ رجوع کلّ من العوضین الی صاحبه انّما هو مع عدم الاشتراط و امّا مع اشتراط ردّ البدل مع إمکان ردّ العین فالاقتضاء ممنوع بل عموم دلیل الاشتراط یقتضی بعدم الاقتضاء

قوله طاب ثراه بل لیس فسخا فی الحقیقة (- اه-)

فیه انّه إذا کان ردّ البدل خارجا عن الفسخ فی الحقیقة فکیف أجاز ذلک مع تلف العین و دعوی تأثیر العجز عن العین فی صدق الفسخ علی ردّ البدل تحکّم واضح کما لا- یخفی هذا کلّه مع انّ لفظ الفسخ لم یقع موضوعا للحکم فی النّصوص حتی ینفع فهم حقیقته فی إثبات المراد و هب انّ حقیقة الفسخ لا تتحقّق الّا مع ردّ العین مع الإمکان لکنّ مقصدنا انّه لو شارطت ردّ البدل مع بقاء العین کان مقتضی عموم دلیل الشروط صحّة الشرط المذکور و لزوم الوفاء به

قوله طاب ثراه فتأمّل

استظهر الشیخ العلّامة الوالد أنار اللّه برهانه کون الأمر بالتّأمل إشارة الی انّ اشتراط إبقاء ما فی الذمّة بغیر جنسه انّما یتحقّق إذا کان ذلک بعد استقرار ما فی الذمّة کما فی تحویل الدّراهم الّتی فی ذمّة المدیون دنانیر و امّا اشتراط ما ذکره من ردّ التالف المثلی بالقیمة و عکسه فلیس وقوعه بعد الاستقرار فیکون من اشتراط ضمان المثلی بالقیمة الّذی هو غیر مشروع فیکون حکمه عدم صحّة الاشتراط

[عدم اختصاص خیار الشرط بالبیع و خروج الإیقاعات عن عموم المذکور و البحث فی ثبوته و عدمه فی العقود]

قوله طاب ثراه لا اشکال و لا خلاف (- اه-)

لا یخفی علیک انّ غرضه نفی الخلاف فی عدم اختصاص خیار الشرط بالبیع لا فی جریانه فی کلّ معاوضة لازمة ضرورة أنّه سینقل الخلاف فی جریانه فی جملة من المعاوضات اللّازمة و منها الصّلح الّذی جعله من الأمثلة هنا فنفی الخلاف مخصوص بالشق الأوّل من العبارة و علی هذا فالعبارة لا تخلو من رکاکة من حیث عدم صحّة عطف الجریان علی عدم الاختصاص و عدم إمکان جعل جملة و جریان (- اه-) مستانفة لبقائها مبتدأ بلا خبر

قوله طاب ثراه فلا معنی لدخول خیار الشّرط فیه (- اه-)

وجه کونه بلا معنی ظاهر لکون اشتراط الخیار مع جواز العقد فی نفسه تحصیلا للحاصل و لازم التعلیل جواز اشتراط الخیار فی العقود الجائزة إذا وقعت بسبب شرط و نحوه ثمَّ قد یناقش فی ما ذکره بالنّقض باشتراط الخیار فی العقد اللّازم الّذی هو جائز لعارض

کـاشتراط الخیـار فی البیع الّـذی هو مـا دامـا فی المجلس جـائزا و الی ثلثـهٔ أیّـام إذا کان المبیع حیوانا جائز و یجاب بالفرق بین اللّازم بالذّات الجائز بالعرض و بین الجائز بالذّات فانّ الجواز فی الأوّل حقّ یمکن إسـقاطه فلا یکون اشتراط الخیار تحصـیلا للحاصل لظهور ثمرته فیمـا إذا أسـقطا خیـار المجلس و الحیوان بخلاف الثّانی فإنّ الجواز فیه حکم غیر قابل للإسـقاط فیکون اشتراط الخیار تحصـیلا للحاصل و فیه انّ تحصـیل الحاصل انّما یقبح حیث یخلو التّحصـیل عن فائدهٔ و تتصوّر الفائدهٔ للخیار المشروط فی العقد الجائز فیما لو لم یتمکّن

ص: ۶۷

من الفسخ بالجواز بالذّات لعارض من نذر و شبهه و الّا فلو کان مطلق تحصیل الحاصل ممنوعا لکان اشتراط الجائز بالعرض اولی بالجریان فان لم یکن اشتراط الجواز فی الجائز بالعرض اولی تحصیلا للحاصل مع کون الجوازین من سنخ واحد لکونهما جمیعا جواز بالعرض فاشتراط الجواز فی الجائز بالذّات اولی بعدم کونه تحصیلا للحاصل لانّ الجوازین فیه من سنخین و ربّما ذکر بعضهم انّ اشکال تحصیل الحاصل انّما یلزم إذا کان الجواز فی العقود الجائزة بمعنی جواز فسخها و امّا إذا کان الجواز فیها بمعنی رفع الأثر الحاصل بها فلا مجری للإشکال المذکور لانّ جواز الفسخ و الحلّ غیر رفع الأثر ثمَّ استظهر کون الجواز فی الهبة و الوکالة و نحوهما بالمعنی الثّانی لأنّ غایة ما یکون فیها انّما هو عزل الوکیل و استرجاع العین فی الهبة و الودیعة و العاریة لا جواز فسخ عقدها الحاصل بالخیار ثمَّ أورد علی نفسه سؤال الوجه فی خروجه بذلک عن اللّغویّة ثمَّ أجاب بأنّه یکفی فی الخروج عن اللّغویّة تمکّنه بهذا الاشتراط من الفسخ بالخیار المشروط حیث لا یتمکّن لنذر و شبهه من الفسخ بالجواز الثّابت للعقد بالأصالة و أنت خبیر بما فی ذلک کلّه فانّ الفسخ لیس الّا حلّ العقد و رفع الأثر (- أیضا-) لا یکون الّا بحلّ العقد فرفع الأثر و الفسخ بمعنی واحد و الأولی الجواب عن أصل اشکال تحصیل الحاصل بانّ الجواز بالذّات لا ینافی الجواز بالعرض فاشتراط الخیار لإیجابه الجواز بالعارض لا ضیر فیه و یکون تأثیره فیما إذا نذر ان لا- یفسخ بالجواز الثّابت لأصل العقد فالحقّ انّ اشتراط الخیار فی ضمن العقود الجائزة لا بأس به لکن یبقی الإشکال من حیث انّه لا- یلزم الشّرط من حیث انّ العقد جائز و لزوم الشّرط تابع للزوم العقد فلا یعقل لزوم الشّرط مع جواز العقد لاستلزامه مزیّة الفرع علی الأصل و هو باطل و یندفع الإشکال من هذه الجهة بذکر الشّرط المذکور فی ضمن عقد لازم کما إذا قال بعتک هذه الدّار بمائة دینار بشرط ان تکون وکیلا فی بیع بستانی وکالة لازمة بشرط الخیار لی إلی شهر فی عزلک عن الوکالة

قوله طاب ثراه سوی النّکاح و الوقف و الإبراء و الطّلاق و العتق

لا یخفی انّ استثناء الإبراء و الطلاق و العتق من العقود موقوف علی تصرّف و تعمیم فی العقود أو جعل الاستثناء منقطعا کما نبّه علی ذلک فی غایة الآمال

قوله طاب ثراه و ظاهرها (- اه-)

هذا الظهور ممنوع الّا ان یرید الظهور بالقرینة و هی عبارة (- یر-)

قوله طاب ثراه کما یرشد الیه استدلال الحلّی (- اه-)

وجه الإرشاد إرساله عدم الجریان فی العقود إرسال المسلمات

قوله طاب ثراه قیل لانّ المفهوم (- اه-)

القائل هو العلّامة الطّباطبائی (- قدّه-) فی المصابیح حیث استدلّ علی عدم جریان الخیار فی الإیقاعات بابتناء الإیقاع علی النّفوذ بمجرّد الصّیغة فلا یدخله الخیار و بانّ المفهوم من الشرط ما کان بین اثنین کما ینبّه علیه الصّحیح من اشترط شرطا مخالفا لکتاب اللّه عزّ و جلّ فلا- یجوز و لا- یجوز علی الّذی اشترط علیه فلا- یتأتّی فی الإیقاع المتقوّم بالواحد و یمکن المناقشة فیما ذکره من منافاة الخیار للنّفوذ بمجرّد الصّیغة بأنّ الشّرط لا یمنع من النّفوذ بمجرّد الصّیغة و انّما یحدث الخیار و السّلطنة علی الفسخ فی ضمن المدّة متی ما اراده المشروط له

قوله طاب ثراه و فیه انّ المستفاد من الأخبار (- اه-)

فی هذا الجواب نظر ظاهر ضرورة انّ العلّامة الطّباطبائی (- ره-) لم یرد انّ المفهوم من الشّرط توقّفه علی الإیجاب و القبول حتّی یتّجه علیه اعتراض (- المصنف-) (- ره-) و انّما أراد انّ الشّرط لا- یقوم الّا بشخصین ملتزم و ملتزم علیه و الإیقاع من طرف واحد فانّ المطلّق إذا اشترط الخیار لم یصدق الشّرط علی ذلک لانّ المطلّقة ان أبت من الشرط لم یمض ابائها فلا یعقل منها الالتزام بالشّرط و قد أخذ الإلزام فی مفهوم الشرط فاذا انتفی الالتزام انتفی صدق الشّرط و امّا استشهاد (- المصنف-) (- ره-) باشتراط الخدمة علی

العبـد فلا وجه له لأنّ الخدمـة ممّا يلتزم به العبد و له ان لا يلتزم فلا يقع العتق فيصدق الالتزام بخلاف اشتراط الخيار فى الطّلاق فإنّه لا اثر لرضا المرية و لا ابائها فى ذلك

قوله طاب ثراه مضافا الى إمكان منع صدق الشّرط و انصرافه

أشار بذلك الى ما أسـبقه فى أوّل المبحث من انّ الشّـرط هو الإلزام التابع و استدلّ عليه بجملة من فقرات أدعيۀ الصّحيفۀ و بقول أهل اللّغۀ فراجع

قوله طاب ثراه بعدم مشروعيّۀ (– اه–)

متعلّق بالاستدلال و حاصله انّ اشتراط الخيار انّما هو عبارۀ عن اشتراط السّلطنۀ على الفسخ فاذا كان الإيقاع ممّا لم يشرع فيه الفسخ لم يكن للاشتراط معنى قلت ان أراد بعـدم المشـروعيّۀ ثبوت عدم الشّرعيّۀ ففيه انّه عين الدّعوى و ان أراد عدم ثبوت المشـروعيّۀ ففيه ما أشار إليه بعضـهم من إمكان دعوى انّه لا يعتبر فى نفوذ الشرط و صحّته مشروعيّۀ ما شرط بل يكفى كونه ممّا صحّ اعتباره عقلا و نفذ اشتراطه عرفا ضـرورۀ شمول المؤمنون عند شروطهم له فيكون عمومه دليلا على إمضاء الشّارع لما يكون عرفا ماضيا و ان لم يعهد منه إمضائه بالخصوص الّا ان يقال انّ الإيقاعات لم يعهـد من العرف انحلالها و نقض أثارها بعـد وقوعها حتّى يصـحّ اشتراط ذلك فيها و يندرج تحت عموم الشّـروط قلت يمكن ان يكون غرض الماتن (– ره–) شيئا أخر و هو انّ اعتبار ورود الشّروع بالشّرط فى الإيقاع انّما هو لإحراز عـدم منافاۀ الاشتراط لمقتضـى الإيقاع فتأمّل و يمكن الاسـتدلال على عـدم صـحّۀ اشتراط الخيار فى الإيقاعات بأنّ الفسـخ عبارۀ عن حلّ العلقـۀ الحادثۀ بالعقد و الإيقاع لا يحدث علقۀ حتى تكون قابلۀ للحلّ و انّما هو نفسه ازالۀ العلقۀ غالبا كما فى الطلاق و الإبراء و العتق و نحو ذلك نعم يشـكل ذلك فى المكاتبۀ و نحوها (– فت–) و لقد قوّى بعضـهم صحّۀ اشتراط الخيار فى الإيقاعات و أطـال فى ذلك الكلام لكنّه لم يأت بما يخلو عن النّقض و الإبرام فإنّ غايـۀ ما اسـتدلّ به لـذلك هو اخبار اشتراط الخدمـۀ على العبد مـدّۀ و أنت خبير بمـا فيه من النّظر الظـاهر لاولى البصـائر فـإنّ اشتراط الخدمـۀ لاـ مـانع منه الّـا كون المشـروط فيه إيقاعا فإذا منع من اختصاص الشّـرط بما كان فى ضـمن العقد كان عموم المؤمنون عند شـروطهم سليما بخلاف اشتراط الفسخ فإنّ عمدۀ ما يمنع منه هو مـا أشـرنا إليه من انّ الفسخ عبـارۀ عن حـلّ مـا وقع و الإيقـاع ليس ربطـا حتى يكون قابلا للحلّ بل هو بنفسه حلّ ثمّ انه اسـتدلّ على مطلـوبه بـالموثق النّـاطق بجواز اشـتراط ردّ العبـد الّـذى أعتقـه و زوّجـه بنته فى الرّق إن أغـار بنته و الحـال انّ الخبر ممّـا اعرض عنه الأصـحاب الّا من شـذّ و مثله لا يثبت الأمر الغير المعقول اعنى حلّ ما هو بنفسه حلّ و العجب من التزام هـذا البعض بجواز الرّجوع فى الإبراء مع التفاته إلى انّه إسـقاط للحقّ و انّ الساقط لا يعود الّا بسبب جديد كما انّ الخيار المسقط لا يمكن استعادته الّا بسبب جديد و غايـۀ مـا ذكره فى ردّ ذلك انّه لا مانع عقلا من اسـتعادۀ السّاقط إذ له ان يرفع اليـد عن معاهـدته فيكون كما كان أوّلا و أنت خبير بانّ الصّادر منه انّما هو حلّ لا معاهدۀ فتدبّر جيّدا

قوله طاب ثراه و الرّجوع فى العدّۀ (– اه–)

توضيـح ذلـك انّ الطّلاـق حـلّ العلقـۀ الزوجيّـۀ فـإذا وقع لم يكن معنى لفسـخه و حلّه إذ المحلول لاـ ينحلّ حلّه فالرّجوع ليس فسـخا للطّلاق بل هو حكم شرعيّ قد اذن الشارع فى استعارۀ العلقۀ بالرّجوع قولا أو فعلا فتأمّل

ص: ۶۸

قوله طاب ثراه و ممّا ذكرنا فى الإيقاع يمكن ان يمنع دخول الخيار فيما تضمّن الإيقاع (- اه-)

قال الشيخ الوالد العلّامة عطّر اللّه مرقده انّ مقتضى كون الصّلح عقدا انّه يتوقّف على الإيجاب و القبول حتى فى مورد الإبراء و ان قلنا بانّ نفس الإبراء لا يتوقّف تحققه على القبول و ذلك بان يقول الدّائن للمديون مثلا صالحتك عن دينى الّذى استحقّه عليك فقال قبلت فهو عقد مفيد فائدة الإبراء و لا يلزم من إفادته فائدته أن يقع من دون قبول على القول بعدم توقّف الإبراء على القبول و يشير الى ما ذكرنا انّ (- المصنف-) (- ره-) قال فالصّلح المفيد فائدة الإبراء و لم يقل كالإبراء الواقع بلفظ الصّلح و منه يعلم انّ مراده (- ره-) بتضمّن العقد الإيقاع هو هذا المعنى

قوله طاب ثراه و لا أقلّ من الشكّ (- اه-)

فيه انّ المرجع عند الشكّ هو عموم المؤمنون عند شروطهم المزيل للشكّ فى سببيّة الفسخ لرفع الإيقاع

قوله طاب ثراه و لعلّه لتوقّف (- اه-)

قد استدلّ لعدم جريان خيار الشّرط فى النّكاح بوجوه أشار الماتن (- ره-) الى اثنين منها أحدها انّ ارتفاع النّكاح موقوف شرعا على رافع مخصوص و هو الطّلاق فلا يجرى فيه خيار الفسخ و فيه انّ أدلّة توقّف رفع النّكاح على الطّلاق تتقيّد بما إذا لم يشترط فى ضمن العقد الخيار بحكم أدلّة الشّروط كما تقيّدت بما دلّ على فسخ النّكاح بالعيوب من الجنون و الجذام و نحوهما فكما انّ الفسخ بالعيوب جائز فكذا الفسخ بالاشتراط لو لا المانع ثانيها انّ التّقايل غير مشروع فى النّكاح فلا يشرع اشتراط الفسخ و فيه انّه لا ملازمة بينهما بوجه و لذا ترى جريان اشتراط خيار الفسخ فى بعض ما لا يجرى فيه الإقالة ثالثها ما فى (- كرة-) من انّ النّكاح ليس عقد معاوضة و لا يقصد به العوض و لذا لا يعتبر فيه العلم بالمعقود عليها برؤية و لا وصف رافع للجهالة و يصحّ من غير تسمية العوض و مع عوض فاسد و (- ح-) فلا يصحّ اشتراط الفسخ فيه و فيه وضوح منع اختصاص مشروعيّة اشتراط الخيار بالعقد المقصود به المعاوضة لعموم ما دلّ على انّ المؤمنين عند شروطهم كيف و لو بنى على الاختصاص للزوم عدم صحّة شيء من الشّروط فى عقد النّكاح لاتّحاد أدلّة الشّروط و كونها من واد واحد و التّالى باطل بالضّرورة و الإجماعات و المتواتر من حيث المجموع من الأخبار فالمقدّم مثله رابعها انّه مشاكل للعبادة فى أثر ابتنائه على الاحتياط التّام و فيه انّ مجرّد المشاكلة للعبادة لا تقتضى ذلك و الاشتراط المذكور غير مناف للاحتياط بعد كونه فى ضمن عقد لازم و اندراجه فى أدلّة الشّروط مضافا الى النّقض بسائر الشّروط فانّ العبادة كما لا يدخلها الخيار فكذا لا تقرن بسائر الشروط خامسها انّه مسبوق بالتروّى و التأمّل و السّؤال عن حال الزّوجين فلا حاجة الى الفسخ حتّى يصحّ اشتراطه و فيه انّ التروّى قبل العقد موجود فى البيع المتفق على جواز اشتراط الخيار فيه (- أيضا-) و كما انّ النّكاح يتزلزل بظهور العيب و التدليس فكذا البيع و (- ح-) فكما يجوز اشتراط الفسخ فى البيع فيلزم جواز اشتراطه فى النّكاح (- أيضا-) سادسها ما فى (- كرة-) (- أيضا-) من انّ القصد فى البيع المغابنة و الأسواق تختلف فى الأسعار فجوّز له الخيار بعد العقد ليتبيّن سعره فى حال العقد و النّكاح يقصد منه أعيان الزّوجين و ذلك لا يختلف و فيه ما فى السّابقة سابعها ما فى (- كرة-) (- أيضا-) من انّ اشتراط الخيار فيه يقضى الى فسخه بعد ابتذال المرئة و هو ضرر عظيم عليها و لهذا وجب بالطّلاق قبل الدخول نصف المهر جبرا له و فيه انّ الضّرر الّذى أقدمت هى عليه بقبول اشتراط الخيار غير ضائر ثامنها قاعدة توقيفيّة العقود و فيه انّ قاعدة المؤمنون عند شروطهم حاكمة على تلك القاعدة لأنّها بيان الى غير ذلك من الوجوه القاصرة عن إثبات المطلوب فالعمدة فى المسئلة هو الإجماع ان تحقّق

قوله طاب ثراه و يظهر من محكى (- ئر-) و (- س-) وجود الخلاف فيه (- اه-)

النّسبة فى محلّها لانّه قال فى (- ئر-) امّا عقد الوقف فلا يدخله الخياران معا على الصّحيح من المذهب انتهى فانّ التقييد بالصّحيح من المذهب دالّ على وجود الخلاف فيه لكن لم يظهر انّ الخلاف منّا أو من العامّة و عبارة (- س-) أدلّ على الخلاف قال (- ره-) و

يصحّ يعنى اشتراط الخيار فى جميع العقود الّا النّكاح و لا يصحّ فى الإبراء و العتق و الوقف على خلاف فيهما انتهى فما فى مفتاح الكرامة من نفى الخلاف و ما فى (- لك-) من دعوى الاتفاق محلّ تأمّل إذ كفى بالشّهيد ناقلا للخلاف

قوله طاب ثراه و الكبرى فى الصّغريين ممنوعة (- اه-)

لما اقتصر على نقل الصّغريين الاولى انّ الوقف يشترط فيه القربة الثانية انّ الوقف فكّ الملك بعوض و كانت كبرى الأولى انّ كلّ ما يشترط فيه القربة فلا يجوز اشتراط الخيار فيه و كبرى الثانية انّ كلّ ما كان فكّ الملك بغير عوض لا يجوز اشتراط الخيار فيه أجاب عن الدّليلين بمنع الكبرى فيهما و وجه المنع عدم تحقّق الملازمة لا من جانب الشّارع و لا من جانب العقل لكن ينافى منعه الكبرى فى الأولى ما سيأتى منه من تقوية عدم دخول الخيار فى الهبة استنادا الى عموم ما دلّ على انّه لا يرجع فيما كان للّه تعالى بناء على انّ المستفاد منه كون اللزوم حكما شرعيّا لمهيّة الصّدقة و (- ح-) فكان الأولى عليه منع الكبرى فى الثانية و منع الصّغرى فى الأولى بمنع اشتراط القربة فى صحّة الوقف و انّما هو شرط فى ترتّب الثواب عليه و الّا فلو وقف من غير قصد القربة صحّ و لم يثبت عليه و الّذى لا يجوز اشتراط الخيار فيه انّما هو ما يتوقّف صحّته على القربة لا كماله كما هنا

قوله طاب ثراه و يمكن الاستدلال له بالموثقة المذكورة فى مسئلة شرط الواقف كونه أحقّ بالوقف عند الحاجة (- اه-)

لم يسبق منه (- قدّه-) فى تلك المسئلة ذكر عين من هذه الرّواية و لا اثر نعم هى موجودة فى كتب الأخبار فقد رواها الشّيخ (- ره-) بإسناده عن يونس بن عبد الرّحمن و محمّد بن سنان جميعا عن إسماعيل بن الفضل قال سألت أبا عبد اللّه عليه السّلام عن الرّجل يتصدّق ببعض ماله فى حيوته فى كلّ وجه من وجوه الخير قال ان احتجت إلى شيء من المال فأنا أحق به ترى ذلك له و قد جعله للّه يكون له فى حيوته فاذا هلك الرّجل يرجع ميراثا أو يمضى صدقة قال يرجع ميراثا على اهله و تقريب الاستدلال على ما افاده الشيخ الوالد العلّامة عطّر اللّه مرقده المبارك انّ رجوعه فى الميراث كناية عن بطلان الوقف من جهة اشتراط كونه أحقّ به فيكون الشّرط فاسدا و مفسدا كما هو المحكى عن الشّيخ (- ره-) فى أحد قوليه و ابن إدريس و المحقّق فى (- فع-) ثمّ انّه قدّس اللّه روحه الزكيّة احتمل كون وجه الاستدلال هو انّ المراد بها هو انّه لو شرط عوده اليه عند حاجته صحّ الشّرط و بطل الوقف و صار حبسا يعود اليه مع الحاجة كما هو صريح فتوى المحقّق فى (- يع-) و وجه عدم دخول شرط الخيار فى الوقف هو كونه موجبا لبطلانه و صيرورته حبسا فلم يدخل الوقف بعنوان كونه وقفا خيار

قوله طاب ثراه و قريب منها غيرها (- اه-)

قد أشار بذلك إلى الّذى رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن يونس بن عبد الرّحمن و محمّد بن سنان عن إسماعيل بن الفضل قال سألت أبا عبد اللّه عليه السّلام عن الرّجل يتصدّق ببعض ماله فى حيوته فى كلّ وجه من وجوه الخير قال ان احتجت إلى شيء

ص: ۶۹

من المال فأنا أحقّ به تری ذلک له و قد جعله للّه یکون له فی حیوته فاذا هلک الرّجل یرجع میراثا أو یمضی صدقة قال یرجع میراثا علی اهله

قوله طاب ثراه و فی دلالتها علی المدّعی تأمّل (- اه-)

وجه التأمّل علی ما نبّه علیه الشیخ الوالد العلّامة أنار اللّه برهانه هو إمکان کون المراد برجوعه میراثا انّه بعد فرض حصول الحاجة من الواقف و بعد عود الوقف الیه ان رجع الیه بمقتضی اشتراط الخیار فاذا هلک بعد إن کان (- ککک-) رجع المال الی ورثته ضرورة بطلان الوقف بحصول الحاجة و عوده الیه بمقتضی اشتراط الخیار ثمّ انّه قدّس اللّه تربته المنوّرة استشهد لذلک بخبر إسماعیل بن الفضل المزبور نظرا الی انّ السّائل سئل عن صحّة الشرط و عدمها فإنّه علی تقدیر صحّته یکون أحقّ به ما دام حیّا فاذا هلک یبقی علی الصّدقة لعدم حاجته الیه أو یرجع میراثا فأجاب الإمام علیه السّلام عن ذلک کلّه بالرّجوع میراثا بمعنی انّ الشّرط صحیح و إذا حصلت الحاجة رجع المال الیه و بعد رجوعه الیه لا یعود الی الوقف بل هو میراث ثمّ قال (- قدّه-) و منه یعلم وجه المراد فی الموثقة لظهور اتّحاد المراد فیهما ثمّ قال و ما ذکرناه فی وجه التأمّل ینطبق علی ظاهر ما ذهب الیه السیّد المرتضی (- ره-) من ان یصحّ وقفا فان احتاج کان منقطعا و الّا کان مؤبّدا کما عبّر عنه فی الجواهر لانّه (- ره-) قال فی الانتصار و مما انفردت به الإمامیّة القول بانّ من وقف وقفا جاز له ان یشترط انّه ان احتاج الیه فی حال حیوته کان له بیعه و الانتفاع بثمنه الی ان قال و خالف باقی الفقهاء فی ذلک و لم یجیزوا اشتراط الواقف لنفسه ما أجزناه و لا بیع الوقف علی حال من الأحوال إلّا ما رواه بشر عن ابی یوسف سنة تسع و سبعین انّه جعل للواقف الخیار فی بیع الوقف و ان یجعل ذلک فی وقف أفضل منه فهو جائز و ان مات قبل ان یختار إبطاله مضی الوقت علی سبیله و قال أبو یوسف بعد ذلک لا یجوز الاستثناء فی إبطال الوقف و الوقف جائز نافذ دلیلنا اتفاق الطّائفة و لانّ کون الشیء وقفا تابع لاختیار الواقف و ما یشترط فیه فاذا شرط لنفسه ما ذکرناه کان کسائر ما یشترطه و لیس لهم ان یقولوا هذا شرط ینقض کونه وقفا و حبسا و خارجا من ملکه و لیس (- ککک-) باقی الشّروط لانّه لا تنافی بینها و بین کون ذلک وقفا قلنا لیس ذلک یناقض کونه وقفا لأنه متی لم یختر الرّجوع فهو ماض علی سبیله و متی مات قبل العود نفذ (- أیضا-) نفوذا تامّا و هذا حکم ما کان مستفادا قبل عقد الوقف فکیف یکون ذلک نقضا لحکمه انتهی ما فی الانتصار ثمّ انّ الوالد (- قدّه-) احتمل کون وجه تأمّل الماتن (- ره-) هو انّه بعد فرض کون المراد من الموثقة ما ذکر أوّلا فی وجه التأمّل لا وجه لتقیید رجوع الوقف الی الواقف بکون الرجوع منوطا باختیاره رجوعه الیه لعدم دلالتها علی ذلک التقیید فنقول لیس فی الموثقة دلالة علی شیء من ثبوت الخیار له و عدمه إذ لا تفید الّا انّ الواقف أحق بالوقف ان احتاج الیه و ظاهره انّه یرجع الوقف الیه بمجرّد الحاجة لأنه یکون له الخیار فی إعادته إلی ملکه و هذا حکم أخر للوقف لا مدخل له بثبوت الخیار فیه و عدمه هذا کلامه أعلی اللّه مقامه و أقول انّ وجهی التأمّل محلّ تأمّل لأنّ إطلاقه علیه السّلام کونه میراثا من غیر تقیید بما إذا احتاج و رجع یؤذن ببطلان الشّرط و العقد جمیعا من أصله و الاعتذار عن ذلک بانّ المتبادر من رجوعه میراثا انّه صحیح حبسا لانّ البطلان لیس فیه رجوع أصلا بل الشّیء الموقوف حینئذ باق علی الملک رقبة و منفعة و لا (- ککک-) الحبس فإنّ المنفعة تخرج عن ملکه مدّة الحبس فیصحّ الرّجوع بالنّسبة إلیها حقیقة مدفوع بمنع التّبادر بعد ظهور کون غرض الرّاوی بالسّؤال عن رجوعه میراثا أو المضی الاستکشاف بالرّجوع میراثا عن فساد الشّرط و العقد و بالمضیّ صدقة عن صحّتهما و الّا فکیف یعقل المضیّ صدقة بعد موت الحابس مع کون منتهی زمان الحبس حیوته و الحبس ینقضی بانقضاء زمانه و (- أیضا-) کما یصدق الرّجوع حقیقة بالنّسبة إلی خروج المنفعة عن ملکه بالحبس فکذا یصدق حقیقة بخروج العین و المنفعة عن ملک المیّت و الدّخول فی ملک وارثه مع انّ رجع یأتی بمعنی صار کما فی إنّا إلیه راجعون

قوله طاب ثراه فی تلک المسئلة (- اه-)

أراد بالمسئلة مسئلة اشتراط الرّجوع فی الوقف عند الحاجة و قد استوفینا المقال فی ذلک فی کتاب الوقف من منتهی المقاصد فراجع

و تدبّر

قوله طاب ثراه لعموم ما دلّ على انّه لا يرجع فيما كان للّه (- اه-)

الدالّ على ذلك جملة من الأخبار فمنها ما رواه الصّدوق (- ره-) بإسناده عن موسى بن بكر عن الحكم قال قلت لابيعبد اللّه عليه السّلام انّ والدى تصدّق علىّ بدار ثمّ بدا له ان يرجع فيها و ان قضاتنا يقضون لى بها فقال نعم ما قضت به قضاتكم و بئس ما صنع والدك إنّما الصّدقة للّه عزّ و جلّ فما جعل للّه عزّ و جلّ فلا رجعة له فيه الحديث و منها ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن احمد بن محمّد عن محمّد بن يحيى عن طلحة بن زيد عن جعفر عليه السّلام عن أبيه عليهما السّلام قال من تصدّق بصدقة ثمّ ردّت عليه فلا يأكله لأنّه لا شريك للّه عزّ و جلّ فى شىء ممّا جعل له انّما هو بمنزلة العتاقة لا يصلح ردّها بعد ما يعتق و منها ما رواه هو (- ره-) بإسناده عن احمد بن محمّد عن علىّ بن الحكم عن العلاء عن محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام فى حديث قال لا يرجع فى الصّدقة إذا ابتغى بها وجه اللّه عزّ و جلّ الى غير ذلك من الأخبار

قوله طاب ثراه بناء على انّ المستفاد منه (- اه-)

وجه ابتناء الاستدلال على ذلك ظاهر ضرورة انّه لو كان المراد به مجرّد النّهى عن الرّجوع تحريما لا تنزيها لم يتأتّ منه الدلالة على حكمه الوضعى الّذى هو عدم تأثير الرّجوع و عدم افادته انفساخها لكن لا يخفى عليك انّ المبنىّ محلّ مناقشة إذ قد يكون المراد مجرّد النّهى مع انّ الرجوع فى هذه الأخبار ظاهر فى الرّجوع ابتداء فمفادها مفاد ما دلّ على لزوم عقد البيع فلا دلالة فيها على عدم جواز الفسخ بالخيار المجعول فى العقد المأخوذ قيدا فيه و ان شئت قلت انّ المنع انّما هو من الرّجوع فى الصّدقة ما دامت العين باقية على عنوان كونها صدقة فاذا فسخنا بالخيار المشروط لم يكن الرّجوع فى العين رجوعا فى الصّدقة بل رجوعا فى العين الّتى كانت قبل صدقة لكنّ الإنصاف ظهور الأخبار فى مقصد (- المصنف-) (- ره-) بناء على إفادتها الحكم الشّرعى للصّدقة

قوله طاب ثراه و لو شكّ فى ذلك كفى (- اه-)

قد تداول الماتن (- ره-) هذا المطلب فى هذه المسائل و هو كما ترى لانّ الشكّ فى السّببيّة انّما كان كافيا لو لم يكن عموم ما دلّ على لزوم الوفاء بالشّروط موجودا فإنّه يزيل الشكّ و يثبت صحة الشّرط

قوله طاب ثراه كالمحكى عن ظاهر الخلاف (- اه-)

قال فى (- ف-) الصّلح إذا كان معاوضة مثل ان يقرّ له بعين أو دين ثمّ صالحه على ذلك لم يكن له بعد ذلك الرّجوع فيه و قال الشافعى هو مثل البيع يدخله خيار الشّرط و خيار المجلس و إن كان صرفا يدخله خيار المجلس وحده دليلنا ما روى عنهم عليهم السّلام و اتّفقنا عليه من جواز الشرط فى ذلك و من ادّعى دخول الخيار فيه فعليه الدّليل و جعل ذلك بيعا يصحّ وجود الشرط فيه يحتاج الى دليل انتهى و فيه انّ اىّ دليل على دخول

ص: ۷۰

الخيار فيه فعليه الـدّليل و جعل ذلك بيعا يصـحّ وجود الشّرط فيه يحتاج الى دليل انتهى و فيه انّ ایّ دليل على دخول الخيار فيه أقوى من عموم أدلّة الشّـروط و الحاجـة الى جعل ذلك بيعا ممنوع بعـد عـدم اختصاص أدلّـة الشّـروط بالبيع و بالجملـة فالدّال على دخول الخيار فى البيع هو الدالّ على دخوله فى الصّلح

قوله طاب ثراه و قد تقدّم عن (- ير-) (- اه-)

الغرض من التّفصـيل هو الفرق بينمـا إذا وقع الصّـلح معاوضـة فيـدخله خيـار الشّرط و بينمـا إذا وقع عمّـا فى الذّمـة مع جهالته أو على إسـقاط الـدّعوى بعـد ثبوتها فلا يدخله التفصـيل و لعلّ الدخول فى الأوّل لعموم أدلّة الشّـروط و عدم الدّخول فى الثّانى لما أشار إليه الماتن (- ره-) بقوله لما تقـدّم من الشكّ فى سـببيّة الفسـخ لرفع الإبراء أو ما يفيد فائدته و إن كان فيه ما مرّ من منع كفاية الشكّ فى السببيّة فى البناء على عدم السّببيّة لأنّ عموم أدلّة الشّروط يزيل الشكّ و الّذى لا يرفع الإبراء انّما هو الفسخ الحادث بعد وقوع الإبراء و امّا إذا اشترط الخيار فى عقد الإبراء فلا مانع من رفع الفسخ لأثر الإبراء لوقوعه (- ح-) معلّقا من أوّل الأمر كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و فيه انّ غاية الأمر كون وضعه على اللّزوم (- اه-)

هـذا جواب متين ضـرورة انّ وضع البيع المتفق على دخول خيار الشّـرط فيه (- أيضا-) شـرعا و فرعا على اللّزوم فلو كان اقتضاء العقد للّزوم مانعا من جعل الخيار فيه لكان البيع اولى بذلك لأنّه أشدّ العقود لزوما

قوله طاب ثراه مدّعين على ذلک الإجماع (- اه-)

نسـبة دعوى الإجماع إلى الثلاثـة مع انّ الموجود فى الغنيـة انّما هو نفى الخلاف لا دعوى الإجماع لا يتمّ الّا بناء على دعوى كون نفى الخلاف دعوى للإجماع نعم عبارة (- ط-) و (- ئر-) صريحة فى دعوى الإجماع حيث قالا فامّا خيار الشّرط فلا يدخل الصّرف أصلا إجماعا لأنّ شـرط صـحّة العقد القبض انتهى و لكن ظاهر التّعليل هو انّ الإجماع مسـتنبط من الإجماع على اشتراط القبض فى الصّرف المنافى لثبوت الخيار و كيف كان فالإجماع فى المقام ممنوع لظهور الخلاف فى ذلک من جمع كثير فقد صـرّح بثبوت الخيار فيه من الأواخر العلّامـة فى (- لف-) و ولده فى الإيضاح و الثانيان فى (- مع صد-) و (- لک-) و فى مفتاح الكرامة انّه ظاهر الأكثر كالمفيد و المرتضـى و الدّيلمى و الطّوسـى و القاضـى و الحلبى و (- يع-) و (- شاد-) و تعليقه و (- س-) و مجمع البرهان و الكفاية و غيرهم ممّن أثبته فى كـلّ عقـد سوى النّكـاح و الوقف و الإيلاء و الطّلاق و العتق انتهى و فى (- س-) انّا لا نعلم وجه المنع مع صـحيح ابن سنان المؤمنون عند شـروطهم انتهى و فى المصابيح انّ الصّـحيح من أدلّة الثبوت مشهور بين الفقهاء و المحدّثين قد رواه ائمة الحديث و الأقدمون من فقهاء أصـحاب الأئمّة عليهم السّـلام و لا رادّ له و لا معارض يخصّصه انتهى بل فى (- لک-) انّه أطبق المتأخّرون على ثبوته و منع الإجماع انتهى و ان اعترض عليه علّامـة المصابيـح بانّ من أعاظمهم المحقّق (- ره-) و لم يصـرّح بشـىء منهما و العلّامة و اختلف قوله فى ذلک فاثبت الخيار فى ظاهر (- لف-) و منع الإجماع و نفاه فى (- كره-) تارة و أثبته أخرى على اشكال و استشـكله فى (- ير-) و (- عد-) و الشـهيد و قد حكى فى (- س-) الإجماع عن الشّيخ (- ره-) و منعه عن العلّامة مقتصـرا على ذلک و ظاهره التوقّف فلم يثبت الإطبـاق المـدّعى الّـا ان يحمـل على اطبـاق غير المتوقّف منهم و ان اختلف قوله أو علم من ظـاهر كلامـه أو يجعل التّوقّف منعا فيصحّ الدّعوى الأولى دون الثّانية انتهى ما فى المصابيح و أنت خبير بتماميّة الثّانية (- أيضا-) إذ نفس توقّفهم و إشكالهم دليل على عدم ثبوت الإجماع

قوله طاب ثراه من انّ المقصود من اعتبار التّقابض (- اه-)

قال والـدى الشّيخ العلّامة أنار اللّه برهانه فى شـرح العبارة انّ الواو فى قوله و لم يبق للحال يعنى انّ المقصود من اعتبار التّقابض هو ان يحصل الافتراق فى حال انتفاء العلقة بينهما و لو قلنا ثبوت الخيار لبقيت العلقة بينهما بعد التفرّق بثبوت سـلطنة ذى الخيار على من عليه الخيـار بفسـخ العقـد الواقع بينهمـا و انّمـا كـان انتفـاء العلاقـة فى حـال افتراقهمـا مقصـودا لأنّهما لو تفرّقا فى الصّـرف بإقباض من احد

الطّرفين دون الأخر لزم الرّبا من جهة تساوى النّقدين فى المقدار مع كون أحدهما مقبوضا و الأخر غير مقبوض الموجب لزيادة المقبوض على غيره بكون الأوّل حالّا و الثانى مؤجّلا أو مؤخّرا مطلقا و هى مستلزمة للرّبا و لو تفرّقا فى السّلم بدون اقباض الثّمن لزم بيع الكالى بالكالى و قد أشار (- المصنف-) (- ره-) إلى عبارة (- كرة-) و لم يذكرها بتمامها و ينبغى نقلها بعينها قال (- ره-) الأقرب عندى دخول خيار الشّرط فى كلّ معاوضة خلافا للجمهور على تفصيل فالسلم يدخله خيار الشّرط و كذا الصّرف على اشكال فيه للعموم و قال الشافعى لا يدخلهما خيار الشّرط و ان دخلهما خيار المجلس لانّ عقدهما يفتقر الى التقابض فى المجلس فلا يحتمل التأجيل و المقصود من اشتراط القبض ان يتفرّقا و لا علقة بينهما تحرّزا من الرّبا أو بيع الكالى بالكالى و لو أثبتنا الخيار لبقيت العلقة بينهما بعد التفرّق و نمنع الملازمة انتهى و وجه منع الملازمة هو انّ العلقة المرغوب عنها انّما هى العلقة الموجبة للرّباء أو بيع الكالى بالكالى من حيث انّه علّل مقصوديّة انتفائها فى حال الافتراق بالتحرّز عن شىء منهما و من المقرّر الثابت انّ العلّة كما تفيد التّعميم كذلك تفيد التّخصيص على حسب الموارد و (- ح-) نقول انّه لا يلزم من ثبوت الخيار التّأدية إلى الرّبا أو بيع الكالى بالكالى و هو ظاهر ضرورة انّه يجوز ان يقبضه فى المجلس و يشترط الخيار فتأمّل مع انه منقوض بالسّلم

قوله طاب ثراه و مطلق الإجارة (- اه-)

عطف على أقسام البيع لا على الصّرف

قوله طاب ثراه و السرّ فى ذلك انّ الشّرط القولى (- اه-)

قال الشيخ الوالد عطّر اللّه مرقده فى شرح العبارة انّه ان أراد من عدم الارتباط عدم كونهما من جنس واحد بان يكونا جميعا من مقولة الأفعال فهو مسلّم لكن يبقى الكلام فى وجوب مراعاته و اعتباره و ان أراد منه انّ الشّرط القولى لا يرتبط بالإنشاء الفعلى من حيث الانضمام فى الإفادة فهو ممنوع ضرورة تأتى ذلك بذكر الشّرط لفظا فى حال اشتغالهما بتعاطى الثّمن و المثمن و من المعلوم حصول المطلوب بهما و ممّا يرفع البعد عن هذه المقالة ما نجده فى عكس هذا الفرض من الاعتماد فى دلالات الألفاظ على القرائن العقليّة و الحاليّة قلت ما ذكره أنار اللّه برهانه لا غبار عليه الّا ان يدّعى انصراف أدلّة الشّروط الى العقود اللفظيّة و ليست بذلك البعيد

قوله طاب ثراه و ذكر فيهما (- أيضا-) دخول الخيار فى الصّداق (- اه-)

قد صرّح بجواز اشتراط الخيار فى الصّداق فى (- ف-) و جواهر القاضى و (- كرة-) و (- عد-) و (- ير-) و اللّمعتين و (- لك-) و (- مع صد-) و (- الروضة-) و كشف اللّثام و غيرها بل فى (- مع صد-) القطع به و فى الكفاية انّه المشهور و فى (- ئق-) نسبة الى الأصحاب تارة و استظهار عدم الخلاف فيه اخرى و ربّما استدلّ لذلك فى (- ف-) بوجهين حيث قال إذا أصدقها دارا فشرط فى الصّداق ثلثة أيّام شرط الخيار صحّ الصّداق و الشرط معا و النّكاح صحيح و للشّافعى فى صحّة النّكاح قولان أحدهما يبطل و الثّانى يصحّ فاذا قال يصحّ فله فى الصّداق ثلثة أوجه أحدها يصحّ المهر و الشرط معا كما قلناه و الثانى يبطلان معا و الثالث يبطل الشرط دون الصّداق دليلنا قوله صلّى اللّه عليه و آله المؤمنون عند شروطهم و لانّ هذا شرط لا يخلف الكتاب و السنّة فيجب ان يكون صحيحا انتهى و أنت خبير بانّ مرجع التعليلين الى واحد و ربّما استدلّ

ص: ۷۱

على ذلك بانّ ذكر المهر ليس شرطا فى صحّة العقد الدّائم و لذلك يجوز اخلائه عنه و اشتراط عدمه فلا يضرّ اشتراط الخيار فيه مدّة مضبوطة لأنّ غايته فسخه و إبقاء العقد بغير مهر فتصير كالمفوّضة بضعها و هو جائز و (-ح-) فاذا اشترط أحدهما أو هما خيارا لم يكن الشرط منافيا لمقتضى العقد فيندرج فى عموم المؤمنون عند شروطهم

قوله طاب ثراه و فيه نظر (-اه-)

وجه النّظر انّ تزويج الولى بدون مهر المثل تفريط و خيانة و تسلّط المولّى عليه على رفع ما أوقعه الولى على وجه التفريط و فسخه لا يستلزم دخول خيار الشرط فيه إذا أوقعه هو بنفسه و اشترط فيه الخيار فذلك أشبه شيء بما لو باع الولى أو الوكيل بدون ثمن المثل فانّ جواز فسخ المولّى عليه أو الموكّل لا يستلزم فى حدّ ذاته جواز اشتراط الخيار فى البيع إذا أوقعه هو بنفسه و ان اتّفق فى الشّرع جوازه لدليل أخر

قوله طاب ثراه و الأظهر بحسب القواعد الشرعيّة اناطة دخول خيار الشّرط بصحّة التّقابل (-اه-)

فيه أوّلا انّ عموم أدلّة الشروط يقتضى اعتبار الشرط (-مط-) و لا مخصّص له بما إذا صحّ التقايل فى العقد فمن ادّعى الاختصاص فعليه الدّلالة و انّى بذلك له و ثانيا ما أشار إليه بعضهم من منع الملازمة بين جواز الفسخ بالإقالة و بين اشتراط الخيار ضرورة انّه قد أخذ فى صحّة الشّرط عدم منافاته لمقتضى العقد فقد يكون اللّزوم حكما ذاتيّا غير مفارق لعقد و يلزمه عدم صحّة اشتراط الخيار و مع ذلك تجرى فيه الإقالة فكونها حكما شرعيّا غير مناف للّزوم بل هو مؤكّد له إذ لو لا اللّزوم لم يكن إلى الإقالة حاجة و ربّما ذكر بعضهم ان بين مورد الإقالة و مورد اشتراط الخيار عموما من وجه فقد لا يجوز اشتراط الخيار و تجوز الإقالة كما فى الرّهن و الوقف بناء على كون شرط الخيار فيه منافيا لمقتضاه من الدّوام فإنّه (-ح-) لا يجوز اشتراط الخيار مع انّه لا مانع من الإقالة بعد تماميّته إذا كان الموقوف عليه معيّنا أو مع ولىّ الوقف العامّ و قد يجوز اشتراط الخيار و لا يجوز الإقالة كما فى بعض الإيقاعات الّتى يمكن القول بجواز اشتراط الخيار فيها فإنّ الإقالة لا تجرى فيها لتوقّفها على طرفين و الإيقاع ذو طرف واحد

[الرابع خيار الغبن]

اشارة

قوله طاب ثراه و أصله الخديعة (-اه-)

قال فى تاج العروس مازجا بالقاموس و غبنه فى البيع يغبنه غبنا بالفتح و يحرّك أو الغبن و بالتّسكين فى البيع و هو الأكثر و بالتّحريك فى الرّأى إذا خدعه و وكسه و قيل غبن فى البيع غبنا إذا غفل عنه بيعا كان أو شراء انتهى و فى المهذّب البارع انّ الغبن هو نقص قيمة أحد العوضين عن العوض المسمّى فى العقد نقصا لا يتسامح بمثله عادة مع جهل من صار اليه النّاقص انتهى و ما ذكره بيان لمصطلح الفقهاء ظاهرا كما يشهد به قول الماتن (-ره-) و فى اصطلاح الفقهاء (-اه-)

قوله طاب ثراه قال فى الصّحاح هو بالتّسكين فى البيع و بالتحريك فى الرّأى (-اه-)

قال الوالد العلّامة أنار اللّه برهانه انّه ربّما أوهم عبارة (-المصنف-) (-ره-) فى بادى النّظر انّ مراد صاحب الصّحاح هو انّ الغبن بمعنى الخديعة يستعمل بالتسكين فى البيع و بالتحريك فى الرّأى فيصير الحاصل انّ الغبن فى الرّأى عبارة عن ان يخدع الرّجل غيره فى رأيه بأن يصرفه عن الحقّ إلى الباطل و ليس (-كك-) لانّه قال فى الصّحاح ما لفظه الغبن بالتّسكين فى البيع و الغبن بالتحريك فى الرّأى يقال غبنته فى البيع بالفتح اى خدعته و قد غبن فهو مغبون و غبن رايه بالكسر إذا نقص فهو غبين اى ضعيف الرّأى و فيه غبانة انتهى فقد علم من كلامه انّ الغبن فى الرّأى لا يستعمل متعدّيا حتى يكون عبارة عن صرف الرّجل راى غيره عن الحقّ إلى

الباطل و انّما يستعمل لازما و يؤيّده ما فى المصباح من قوله غبنته فى البيع و الشّراء غبنا من باب ضرب مثل غلب فانغبن و غبنه اى نقصه و غبن بالبناء للمفعول فهو مغبون اى منقوص فى الثمن أو غيره و الغبيّة اسم منه و غبن رايه غبنا من باب تعب قلّت فطنته و ذكاؤه انتهى

قوله طاب ثراه و هو فى اصطلاح الفقهاء (- اه-)

قال الوالد عطّر اللّه مرقده (- أيضا-) انّ هذا التعريف شامل لما إذا كان المشترى غابنا و البائع مغبونا و بالعكس لانّ الضّمير المجرور بإضافة لفظ المال اليه يعود الى الشّخص المدلول عليه بالمقام كما فى قوله تعالى لِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وٰاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ و معادله هو الأخر المضاف اليه لفظ الجهل و معلوم انّ زيادة أحد العوضين يستلزم نقص الأخر فمن ملك ماله بما يزيد على قيمته سواء كان هو المشترى أم البائع كان غابنا و كان الأخر مغبونا مشتريا كان أو بائعا و (- ح-) فلا يبقى حاجة الى عطف النّقيصة على الزّيادة بأن يقال بان يزيد على قيمته أو ينقص بل يصير لغوا لما عرفت من انّ زيادة أحد العوضين يستلزم نقيصة الأخر و المفروض انّه لم يعتبر فى المملّك تشخيص كونه هو خصوص البائع أو المشترى هذا كلامه علا مقامه و أقول تعريفهم هذا غير واف بالقيود الّتى يأخذونها فى الحكم فالأظهر أنه كسائر تعاريف الفقهاء بيان إجمالىّ كما فى قولك سعدان نبت

قوله طاب ثراه و المراد بما يزيد أو ينقص العوض مع ملاحظة ما انضمّ اليه من الشّرط (- اه-)

قال الوالد العلّامة (- قدّه-) (- أيضا-) ما لفظه لا يقال انّه لم يسبق للنّقيصة ذكر حتّى يحتاج الى تفسير و يعطف على الزّيادة و انّه لو فرض انّ المراد بها النّقيصة اللازمة للزّيادة فى الطّرف الأخر لم يكن وجه لعطفه بلفظه أو بل كان اللّازم عطفه بالواو لأنّا نقول هذا الّذى وقع فى كلامه (- ره-) من عطف النقيصة على الزّيادة بلفظه أو إشارة الى ما وقع تعريفه من الاختلاف فى اللّفظ إذ قد عرفت انّه عرفه هو (- ره-) بما يتضمّن لفظة يزيد و قد عرّفه جماعة بما يتضمّن لفظ ينقص قال فى مفتاح الكرامة قد صرّح جماعة منهم أبو العبّاس و الصّيمرى بأنّ حقيقة الغبن نقص احد العوضين عن العوض المسمّى فى العقد نقصا لا يتسامح بمثله عادة مع جهل من صار اليه النّاقص انتهى فتكون لفظة أو فى كلام (- المصنف-) (- ره-) إشارة إلى قسمين

قوله طاب ثراه و الظاهر انّ كون الزيادة ممّا لا يتسامح به شرط خارج عن مفهومه

الضّمير للغبن اى عن مفهوم الغبن و ربّما أنكر بعضهم على الماتن (- ره-) ذلك و ادّعى عدم صدق الغبن إذا كانت الزيادة بما يتسامح به فيكون اشتراط الزّيادة ممّا لا يتسامح به داخلا فى مفهومه و فيه نظر ظاهر

قوله طاب ثراه بخلاف الجهل بقيمته

أراد انّ الجهل بالقيمة داخل فى مفهومه فلو كان عالما به لم يطلق عليه المغبون و قد يقال انّ الجهل بالقيمة غير داخل فى مفهومه الاصطلاحى لاطلاقهما المغبون على من اشترى بأزيد من القيمة عالما و قولهم انّه مغبون و لكن لا خيار لانّه قد أقدم عليه بنفسه و امّا مفهومه لغة فالجهل معتبر فى مفهومه لانّه لازم كون الغبن بمعنى الخديعة فان الخديعة لا تكون الّا مع جهل المخدوع بالقيمة و أقول انّ ثبوت اصطلاح جديد للفقهاء محلّ تأمّل و انّما اللّفظ باق على معناه اللّغوى و الفقهاء أخذوا قيودا فى إثبات الخيار و إطلاقهم المغبون على العالم بالقيمة من باب المسامحة فى التّعبير بل مقتضى لفظة الخدعة اعتبار علم الغابن بالحال فلا يصدق مع جهله فتدبّر

قوله طاب ثراه ثمّ انّ ثبوت الخيار به مع الشرط المذكور هو المعروف بين الأصحاب (- اه-)

ص: ۷۲

قد صرّح بثبوته فی (- ف-) و (- ط-) و الوسیلهٔ و الغنیهٔ و (- ئر-) و (- یع-) و (- فع-) و (- کرهٔ-) و (- شاد-) و اللّمعتین و التّنقیح و (- مع صد-) و (- لک-) و مجمع الفائدهٔ و الرّیاض و مفتاح الکرامهٔ و المصابیح و کشف الظّلام و خیارات الفقیه الغرویّ و الجواهر و غیرها و هو المحکی عن (- یر-) و التّبصرهٔ و (- س-) و الحواشی المنسوبهٔ إلی الشهید (- ره-) و غایهٔ المرام للصّیمری و تعلیق (- شاد-) للکرکی و إیضاح (- فع-) للقطیفی و المیسیّهٔ و جامع الشرائع لیحیی بن سعید و ظاهر باقی المتأخّرین من شارحین و محشّین علی ما فی مفتاح الکرامهٔ و زاد علی ذلک انّه إن کانت مسئلهٔ التلقّی من سنخ هذه المسئلهٔ کان جمیع المتأخّرین مصرّحین به الّا من شذّ و قال (- أیضا-) انّه ینبغی ان یکون مذهب القاضی لأنّه من أعاظم اتباع الشّیخ (- ره-) و قد نسبه الشّهید (- ره-) إلی الأتباع انتهی بل فی المهذّب البارع و (- الروضهٔ-) و (- لک-) و الکفایهٔ و المستند و الرّیاض و محکی غایهٔ المرام انّه المشهور و زاد فی (- لک-) و الکفایهٔ قوله خصوصا المتأخرین و عن إیضاح (- فع-) انّه کاد یکون إجماعا و فی التنقیح انّ علیه المتأخّرون و عن (- س-) انّ علیه الشیخ (- ره-) و اتباعه و فی (- ثق-) انّه المشهور بین المتأخّرین بل ظاهر (- کرهٔ-) فی موضع اتّفاق أصحابنا علیه و فی موضع أخر کصریح الغنیهٔ و محکی (- لف-) الإجماع علیه قال فی (- کرهٔ-) الغبن سبب ثبوت الخیار عند علمائنا و قال بعد ذلک بمسائل ثلث انّما یثبت الخیار للمغبون دون الغابن بالإجماع انتهی بناء علی رجوع الإجماع الی کلّ من الثّبوت للمغبون و عدم الثبوت للغابن و قال فی الغنیهٔ السّبب الخامس للخیار ظهور غبن لم تجر العادهٔ بمثله بدلیل الإجماع انتهی و ربّما یتخیّل دلالهٔ عبارهٔ کشف الحقّ (- أیضا-) علی دعوی الإجماع علیه لانّه قال ذهبت الإمامیّهٔ الی انّ الغبن بما لم تجر التغابن بمثله یثبت الخیار للمغبون انتهی و احتمال انسیاقه لبیان ما اختصّت به الإمامیّهٔ مدفوع بانّ المخالفین بین قولین فی ذلک و قد جزم بتحقّق الإجماع علیه الشیخ علی (- ره-) نجل الشیخ الأکبر کاشف الغطاء (- ره-) و تأمّل فی ثبوته فی الکفایهٔ و تصدّی لردّه فی مفتاح الکرامهٔ بقوله و کم من حکم معروف مشهور خلت عنه المقنعهٔ و الانتصار و المراسم فعدم ذکر هؤلاء الثّلثهٔ له مع ترکهم لکثیر من الأحکام لا یورث ریبهٔ فیه و امّا الهدایهٔ و المقنع فقد خلی عنهما أکثر الأحکام و أبو علی لم یزل موافقا للعامّهٔ الی ان قال فقد ظهر انّ قول الشّهیدین (- رهما-) و من تأخّر عنهما انّ أکثر القدماء لم یذکروه کأنّه لم یصادف مخرهٔ کما عرفت و لا وجه أصلا لاستظهار صاحب الکفایهٔ عدم ثبوت الإجماع و قوله للتأمّل فیه مجال انتهی تذییل الثّابت بالغبن انّما هو التسلّط علی الفسخ فقط لا التّفاوت بین الثمن و القیمهٔ الموجب للغبن کما فی خیار العیب و ذلک اعنی عدم ثبوت الأرش به هو المعروف من مذهب الأصحاب بل نفی وجدان الخلاف فیه فی مفتاح الکرامهٔ قال بل هم بین مصرّح بذلک أو ساکت انتهی و جزم فی هدایهٔ الأنام بعدم الخلاف فیه بل فی کشف الظّلام استظهار الإجماع علیه و فی (- کرهٔ-) و الجواهر و خیارات الغروی الإجماع علیه و کفانا فی ذلک أصالهٔ برأیه ذمّهٔ الغابن من دفع الأرش بعد عدم الدّلیل علی وجوبه مضافا الی انّ الأرش عوض عن جزء فائت فی العین أو صفاتها و لیس هنا شیء منهما لانّ المدفوع هو الّذی وقع علیه العقد بعینه من دون نقص فی جزئه أو وصفه و انّما الغبن فی القیمهٔ و (- أیضا-) فدلیل خیار الغبن عندهم انّما هو قاعدهٔ الضّرر و لا ریب فی زواله بمجرّد الخیار کما نبّه علی ذلک فی التنقیح حیث قال لا یثبت به أرش بل امّا الردّ و الإلزام بمقتضی العقد لزوال الضّرر بذلک و لأصالهٔ لزوم مقتضی العقد و عدم الإلزام بشیء و لانّه لیس بعیب و لا أرش إلّا فی مقابلهٔ العیب انتهی

قوله طاب ثراه نعم المحکی عن المحقّق فی درسه إنکاره و لا یعدّ ذلک خلافا فی المسئلهٔ (- اه-)

قال الشیخ الوالد أنار اللّه برهانه انّ مقتضی ما ذکره من انّ ذلک لا یعدّ خلافا فی المسئلهٔ مع تشبیهه بسکوت جماعهٔ عن التعرّض له و استدراکه حکایهٔ المنع عن الإسکافی و الحکم بشذوذه هو ان یکون مراده (- ره-) بالإنکار المحکی عن المحقّق (- ره-) هو نفی العلم بثبوته فی الشرع و لعلّ قوله (- ره-) لا یعدّ ذلک خلافا فی المسئلهٔ تعریض بصاحب الجواهر (- ره-) حیث قال بلا خلاف أجده فیه بین من تعرّض له عدا ما یحکی عن (- المصنف-) (- ره-) من إنکاره فی حلقهٔ درسه و الموجود فی کتابه خلاف هذه الحکایهٔ و استظهره فی (- س-) من کلام الإسکافی انتهی و لکنّ الذی صرّح به فی (- لک-) یقتضی انّ المنقول عن المحقّق (- ره-

) ليس هو عدم العلم بثبوت هذا الخيار بل الحكم بالعدم قال فيها المشهور بين الأصحاب خصوصا المتأخّرين منهم ثبوت خيار الغبن و كثير من المتقدّمين لم يذكره و نقل عن (- المصنف-) (- ره-) القول بعدمه انتهى و قال فى (- ئق-) ما نصّه و نقل فى الدّروس و كذا فى (- لك-) عن المحقّق فى الدّرس القول بعدمه و على هذا فما افاده (- المصنف-) (- ره-) ليس فى محلّه و لعلّه اغترّ بتعبير صاحب الجواهر (- ره-) بلفظ الإنكار حيث فهم منه عدم العلم و لكن لا يخفى عليك انّ عبارة الجواهر لا تساعد على ذلك لانّه حكى فيها استظهار الشهيد (- ره-) فى الدّروس الإنكار من الإسكافى و قد اعترف (- المصنف-) (- ره-) بأنّ المحكى عنه هو المنع انتهى كلامه علا مقامه و هو موجّه متين

قوله طاب ثراه و استدلّ فى (- كرة-) على هذا الخيار (- اه-)

ربّما استدلّ بعضهم على ذلك بالسّيرة المستمرّة و فى تماميّتها نظر و تمسّك بالمحصّل من الإجماع من مرّ ذكره و بالمنقول منه فى الرّياض و كشف الظّلام و به بعد التتبع فى الجواهر و من لاحظ مطارح الأفهام ظهر انّه لا حظّ لنا هنا فى التمسّك به لعدم حصوله و عدم حجيّة منقولة

قوله طاب ثراه و يضعّف بمنع كون الوصف (- اه-)

قد ضعف الاستدلال بالآية أوّلا بمنع عدم حصول التّراضى و الّا كان العقد باطلا من أصله لا انّ فيه الخيار و ثانيا بانّ عدم الرّضاء على تقدير العلم لو سلّم لا ينافى الرّضاء الفعلى الّذى عليه المدار و إن كان الدّاعى له الجهل الا ترى الى عدم ثبوت الخيار فيما إذا اشترى شيئا و قد سبقه غلامه الى شراء مثله أو ولده أو زعم خلوّ بيته ثمّ على بالعدم مع انّه لو علم بالحال عند الشّراء لم يكن ليشترى ذلك و ثالثا بما فى المتن من منع كون الوصف المذكور عنوانا و رابعا بما أشار إليه فى المتن (- أيضا-) بقوله (- ص-) مع انّ أخذه على وجه التقييد (- اه-) و خامسا بأن غاية ما تدلّ عليه الآية انّما هو جواز الأكل فيما كان تجارة عن تراض و عدم جوازه بالباطل و اين هذا من الخيار و من اين يثبت كون هذا بدون التّراضى باطلا ذكر ذلك فى المستند ثمّ قال مع انّ ظاهر قوله تجارة عن تراض كما صرّح به الأردبيلى (- ره-) فى ايات الأحكام و نقله عن الكشاف و مجمع البيان اشتراط التّراضى حين العقد فالآية على عدم الخيار أدلّ انتهى و ربّما وجّه بعضهم الاستدلال بالآية بانّ المغبون إنّما أقدم على المعاملة بانيا على كون المبيع مساويا لماله؟؟؟ بحسب القيمة و الماليّة فكأنّه اشتراط المساواة و إذا كان أقلّ يكون من باب تخلّف الشّرط فاعتبار المساواة ليس على وجه التّقييد ليتوجّه عليه المنع أوّلا و استلزامه البطلان

ص: ۷۳

ثانيا و لا على وجه الدّاعى ليرد عليه ان تخلّفه لا يوجب شيئا بل هو من باب الشّرط الضّمنى نظير وصف الصحّة فيكون معتبرا على وجه تعدّد المطلوب و لازم تخلّفه الخيار كما فى سائر الشروط الصّريحة و الضمنيّة و أنت خبير بانّ ما ذكره (- أيضا-) غير تامّ لأنّ الآية انّما سيقت لبيان اعتبار طيب النّفس فى التّجارة و لازمه البطلان مع عدم الرّضاء لا الخيار و لقد اعترف هو (- أيضا-) بذلك و زاد؟؟؟ على ذلك ما لا بأس بمراجعة

قوله طاب ثراه و لو أبدل الآية بقوله تعالى وَ لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ كان اولى (- اه-)

وجه الأولويّة تماميّة دلالة هذه على زعمه دون تلك لكن فى التّماميّة نظر ظاهر ضرورة انّ مفاد الآية انّما هو حرمة أكل ما يكون أكلا للمال بالباطل عرفا و المعاملة المخدوع فيها إن كانت من الباطل عرفا دلّت الآية على حرمة أكل المال معه و لا يدلّ على الخيار بوجه و دعوى انّها قبل اطّلاع المغبون و ردّه لا يكون من الأكل بالباطل بالإجماع و انّما يكون من الباطل بعده كما صدرت من الماتن (- ره-) لا وجه لها لانّ مقتضى إخراجه ما قبل صورة تبيّن الخدع بالإجماع يكشف عن انّ غرضه الإخراج الحكمى مع الاعتراف بكون المعاملة من الباطل موضوعا و لازمه بطلان المعاملة المغبون فيها من حين وقوعها و جواز التصرّف قبل التبيّن و الردّ للإجماع و انّ المغبون إذا علم و امضى و رضى زال البطلان و هذا ممّا لا يمكن الالتزام به و بعبارة أخرى المعاملة المغبون فيها من حين وقوعها امّا ان تكون من الباطل عرفا أو من الصّحيح فعلى الأوّل فلا دلالة فى الآية على عروض الصحّة لها بالرّضاء بعد التبيّن و على الثانى فلا دلالة فيها على عروض البطلان عليها بالفسخ بعد التبيّن و ان شئت قلت انّ الآية انّما سيقت لبيان الحكم التّكليفى و هو جواز الأكل إذا كانت المعاملة صحيحة و حرمته إذا كانت فاسدة و امّا انّ الصّحيحة أيّة معاملة و الفاسدة أيّتها فلا تعرض فى الآية لذلك أصلا

قوله طاب ثراه لكن يعارض الآية (- اه-)

فيه انّه لا معارضة بين الآيتين و انّما الثانية مبيّنة للمراد بالباطل فى الأولى و انّ الباطل ما لا يكون تجارة عن تراض فاذا صدق فى المقام التجارة عن تراض بعد ما مرّ منه عدم خروج الفرض عن موضوع التّراضى لزم الحكم بجواز الأكل لعدم كونه من الأكل بالباطل

قوله طاب ثراه و يمكن ان يقال (- اه-)

الفرق بين هذا التقرير و سابقة انّه فى السّابق كان يثبت التعارض بين الآيتين ابتداء من دون ضمّ شىء و فى هذا التّقرير يسلّم عدم التّعارض بدوا و انّما يثبت التّعارض بينهما بعد ضمّ عدم القول بالفصل الى الآية الثانية لكن قد عرفت انّه لا تعارض بين الآيتين و ان الثّانية مبيّنة للمراد بالأولى

قوله طاب ثراه و استدلّ (- أيضا-) فى (- كرة-) بأنّ النّبى صلّى اللّه عليه و آله (- اه-)

قد استدلّ به فى (- ف-) أيضا و لكن ردّه جمع بأنّه نبوىّ عامّى لم نقف عليه فى كتب الأصول بل فى (- ئق-) و لا كتب الفروع فلا حجّة فيه و لم يبلغ اشتهاره بيننا درجة الخبر و مجرّد اشتهار مضمونها لا ينفع فى الجبر ما لم يعلم استنادهم الى الخبر المذكور فضلا عمّا لو علم عدم الاستناد منهم اليه و لو تنزّلنا عن ذلك نقول انّه لا دلالة فى الخبر على كون الخيار لأجل الغبن بل هو مطلق كما صرّح به العلّامة (- ره-) فى محكى المنتهى و قال لأجل إطلاقه افتى بعض العامّة بخيار المتلقّى و ان لم يغبن و انّما خصّه فيه و فى غيره بصورة الغبن من جهة استنباط العلّة و المناسبة و هو عندنا غير صالح للاستناد نعم ربّما يظهر من (- لك-) التصريح بالعلّة فى الرّواية حيث قال روى فى تلاقى الرّكبان تخييرهم إذا غبنوا انتهى لكن لم نجد لما حكاه عينا و لا أثرا و لعلّ تقييده بالغبن بالنّظر الى تقييد الخيار فى الفتاوى بذلك و اين ذلك من اشتمال الرّواية على التقييد المقتضى لكون العلّة للخيار هو الغبن

قوله طاب ثراه و يمكن ان يمنع صحّة حكاية (- اه-)

قال والدى العلّامة أعلى اللّه فى الرّوضات مقرّه و مقامه انّ محصّل هذا الكلام و مبناه بعد وضوح انّه لو لم يكن فى الخبر ضعف لم

يكن فى الخبر مجال للجبر و الانجبار هو ان ليس كلّ ضعيف قابلا للانجبار حتّى لو لم يكن موجودا فى كتب الأصحاب و السرّ فى ذلك انّه إذا كان المجبور معمولا به من جهة افادته بنوعه للظنّ بان يكون من شانه ذلك ان لم يمنع منه مانع لم يكن مثل الخبر المفروض بنوعه مظنون الصدور حتى بعد ملاحظة كون مضمونه موافقا لما عليه أكثر الأصحاب حتّى يفيد الظنّ لأنّه إذا لم يكن موجودا فى الكتب المعروفة بينهم كشف ذلك عن عدم استنادهم إليه فى العمل و مثل هذا النّوع لا يكون مظنون الصّدور بنوعه عند عدم المانع

قوله طاب ثراه و أقوى ما استدلّ به فى (- كرة-) و غيرها (- اه-)

سبق الشيخ (- ره-) فى (- ف-) العلّامة (- ره-) فى الاستدلال بهذه الأخبار المدّعى تواترها فى رهن الإيضاح قال و تقريب الدلالة انّ هذا ضرر لأنّه إذا اشترى ما يساوى عشرة بمائة فانّ ذلك غاية الضّرر و قول النبى (- ص-) يبطله انتهى ما فى (- ف-)

قوله طاب ثراه و كان وجه الاستدلال (- اه-)

قلت ان شئت قلت فى التّقريب انّه قد دلّ الخبر على ما بيّناه فى موضعه مستوفى على من انّ كلّ حكم مستلزم للضّرر فهو ليس من احكام الشّرع و لا شكّ فى انّ لزوم البيع هنا مستلزم للضّرر فهو ليس حكما للشّرع بخلاف صحّة البيع فإنّها حكم أخر غير اللّزوم و لا يستلزم ضررا فهى ثابتة قطعا و هذا معنى الخيار

قوله طاب ثراه و لكن يمكن الخدشة فى ذلك (- اه-)

أقول قد صدرت منهم المناقشة فى ذلك بوجوه أخر أحدها انّ الدّلالة مبتيّة على انسياق الخبر لنفى الحكم الضّررى فى شرع الإسلام و هو محلّ خدشة لإمكان انسياقه لبيان الحكم التّكليفى امّا بكون الجملة الخبريّة بمنزلة الإنشاء و النّفى بمنزلة النّهى و المعنى يحرم الضّرر و الضّرار أو ببقاء النّفى على حقيقة و تقدير لفظ بان يكون المراد لا ضرر و لا ضرار مشروعا أو مجوّزا أو مأذونا فيه فى دين الإسلام و كذا يحتمل انسياقه لبيان نفى الضّرر فى الأحكام الواقعيّة الأوّليّة يعنى انّ الأحكام الواقعيّة كلّها منافع بالنّسبة إلى المكلّفين لا ضرر فيها و كذا يحتمل انسياقه لبيان انّه لا ضرر خاليا عن التّدارك و الجبران فى الإسلام فيكون مفاده دعوى انّ الضّرر المتدارك ليس بضرر و الجواب انّ الاحتمال الأوّل متعيّن و الاحتمالات الأخر ساقطة فتمّت الدّلالة امّا احتمال كون الخبر مسوقا لبيان الحكم التّكليفى على تقديرية فوجه سقوطه انّ حمل النّفى على النّهى و الجملة الخبريّة على الإنشائيّة فى التقدير الأوّل و الإضمار فى التقدير الثّانى مع حمل اللّاء النافية للحقيقة على نفى الوصف مجازاة لا يصار إلى شيء منها الّا بقرينة واضحة هى فى المقام مفقودة و لو شكّ فأصالة عدمها المقتضى لتحكيم أصالة الحقيقة محكمة و امّا احتمال انسياقه لبيان نفى الضّرر فى الأحكام الواقعيّة فبعده و عدم اشتمال الخبر على ذلك على فائدة كاف فى سقوطه و امّا الاحتمال الأخير فيدفعه انّه مجاز لا يصار اليه الّا بقرينة هى فى المقام مفقودة و بالجملة فالمدار فى باب الألفاظ على الظّهورات الشخصيّة مع الإمكان و لا ريب فى ظهور لفظ الحديث فى نفى الحكم الضّررى فى شرع الإسلام و اللّه العالم ثانيها انّ هذه الرّواية غير معمول بها على عمومها فى إثبات الخيار عند الأصحاب و الّا لأثبتت خيارات غير متناهية فهى مرميّة بالإجمال لأنّ الخارج منه أكثر من الدّاخل و فيه نظر ظاهر لمنع كون الخارج أكثر ان أريد الأنواع و عدم

ص: ۷۴

قدح خروج أكثر الأشخاص بعد دخول الأنواع ثالثها انّ الرّواية معارضة بأدلّة لزوم البيع أشار الى ذلك فى المستند ثمَّ أجاب برجحان الرّواية بالأكثريّة و الأشهريّة فى المورد و معاضدتها للاعتبار و الإجماعات المنقولة و سائر الوجوه المتقدّمة و على فرض تكافؤ الطّائفتين فالمرجع أصالة عدم اللّزوم و فيه انّ أصالة العدم ليست أصلا برأسها مع حكومة استصحاب اللّزوم عليها و لا تثبت اللّزوم على العقد بالآية و الرّواية كى يجاب بمعارضتها بأخبار نفى الضّرر بل بنفس اخبار الخيارات الدالّة على ان الأصل فى البيع اللّزوم على ما مرّ بيانه فى صدر المبحث رابعها انّه أخصّ من المدّعى ضرورة انتفاء الضّرر فيما لو بذل الغابن التفاوت مع انّ إطلاقهم يقتضى ثبوت الخيار هناك (- أيضا-) و من هنا التزم جمع باختصاص الخيار بما إذا لم يبذل الغابن التّفاوت و ستسمع توضيح ذلك إنشاء اللّه تعالى

قوله طاب ثراه بانّ انتفاء اللّزوم و ثبوت التّزلزل (- اه-)

قد التفت الى ذلك فى المستند و أجاب عنه بتسليم اندفاع الضّرر بالتسلّط على أخذ التفاوت كاندفاعه بالخيار و دعوى الإجماع على بطلان الأوّل فتعيّن الثّانى و فيه منع الإجماع عليه

قوله طاب ثراه بما حاصله انّ استرداد بعض (- اه-)

يريد بذلك انّ مقتضى المعاوضة هو صيرورة كلّ من العوضين فى قبال الأخر فاسترداد شىء من عين احد العوضين مع عدم ردّ شىء من الأخر و عدم فسخ المعاملة غير معقول و النّقض بالأرش لا وجه له لعدم وجود هذا المعنى هناك فانّ المدفوع هناك شىء خارج عن عين العوض بعنوان الجبر لما فات من المعوّض بخلاف المقام

قوله طاب ثراه و يحتمل (- أيضا-) ان يكون نفى اللّزوم (- اه-)

عطف على قوله إذ يحتمل ان يتخيّر بين إمضاء (- اه-) و الفرق بين هذا الاحتمال و سابقة ظاهر ضرورة انّ التخيير هناك للمغبون بين إمضاء العقد بكلّ الثمن و بين ردّه فى المقدار الزّائد و هنا للغابن بين الفسخ فى الكلّ و بين تدارك ما فات على المغبون بردّ القدر الزّائد أو بدله و ربّما ذكر بعضهم احتمالا رابعا و هو تعيين استرداد الزّائد على وجه الغرامة و خامسا و هو تخيّره بين الفسخ و الأرش و سادسا و هو تخيّر المغبون بين الفسخ و عدمه الّا مع بذل الغابن للتفاوت فله الفسخ قبل بذل الغابن التفاوت و سابعا و هو بطلان البيع و ثامنا و هو تخيّر المغبون الّا مع بذل التفاوت و لو من أجنبىّ لكن أجاد هذا البعض حيث اعترف بعد ذلك باقتضاء القاعدة نفى الحكم الّذى يأتى الضّرر من قبله لا جبران الضّرر بأىّ وجه حصل و بأىّ نحو كان و من البيّن انّ الموجب للضّرر انّما هو اللّزوم فيلزم بحكم القاعدة نفى اللّزوم بإثبات الخيار بين الفسخ فى الكلّ و الإمضاء فى الكلّ و إثبات الأرش و نحوه خلاف الأصل فلا تثبته القاعدة (- فت-) جيّدا

قوله طاب ثراه إذ المحتمل ثبوت الخيار على الممتنع دون الباذل (- اه-)

تعبيره بالاحتمال و جعله علّة لما جزم به من كون الشكّ فى ارتفاع الخيار بالبذل لا فى اندفاعه به ممّا لا يخلو من برودة إذ المحتمل لا يكون علّة للمجزوم به و الجزم بانّ الثّابت انّما هو الخيار على الممتنع دون الباذل لا يكاد يمكن لاحتمال ثبوت الخيار مطلقا و ارتفاعه بالبذل

قوله طاب ثراه فتأمّل

استظهر الشيخ الوالد قدّس اللّه روحه الزكيّة كون الأمر بالتّأمّل للإشارة إلى توهين مبنى المعارضة و أصل الأولويّة من كون الضّرر عبارة عن مطلق ما خالف الغرض و من المعلوم انّ الضّرر فى العرف و اللّغة أخصّ من ذلك فلا يصدق الضّرر على أمثال ما ذكره هنا فى طرفى الغابن و المغبون

قوله طاب ثراه و قد يستدلّ على الخيار بأخبار واردة

المستدلّ هو الشيخ الحرّ فى الوسائل حيث قال باب ثبوت خيار الغبن للمغبون غبنا فاحشا مع جهالته محمّد بن يعقوب عن عدّة من أصحابنا عن احمد بن محمّد بن خالد عن محمّد بن على عن أبى جميلة عن إسحاق بن عمّار عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال غبن المسترسل سحت و عنهم عن احمد عن عثمان بن عيسى عن ميسر عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال غبن المؤمن حرام انتهى المهمّ ممّا فى الوسائل و تبعه فى التمسّك بالخبرين صاحب الحدائق (- ره-) و زاد قوله عليه السّلام فى رواية أخرى لا يغبن المسترسل فانّ غبنه لا يحلّ و قال فى تقريب الدّلالة انّ هذه الأخبار و إن كانت مطلقة الّا أنّها دالّة بإطلاقها على ما نحن فيه من تحريم الغبن فى البيع و المنع منه فيثبت لصاحبه الخيار انتهى و أنت خبير بما فى تفريعه ثبوت الخيار على حرمة الغبن من النّظر الظّاهر إذ لا ملازمة بين حرمة الغبن و بين ثبوت الخيار به و توضيح الجواب ان يقال أوّلا انّ الغبن فى كلامهم الضّرر من جهة القيمة و هو فى الأخبار المبيّنة للشّرع الخدع باقيا على معناه اللّغوى و لم يثبت النّقل و الأصل عدمه فالدّليل أخصّ من المدّعى لانّ المدّعى حرمة الإضرار من جهة القيمة و النّص لم يفد الّا حرمة الخديعة فتأمّل و ثانيا انه قد خصّ الغبن فى خبر إسحاق بالمسترسل و هو الّذى يعتمد عليك مع انّ حكمهم عامّ و ثالثا انّ التحريم متعلّق بالخدع و هو خارج عن المعاملة و على تقدير دخوله فهو قاض بالفساد لا الخيار

قوله طاب ثراه فانّ ما عدى الرّواية الأولى ظاهرة (- اه-)

قال الشّيخ الوالد أنار اللّه برهانه انّ مقتضى ما ذكره (- المصنف-) (- ره-) كون الغبن بهذا المعنى متعدّيا و الظّاهر ممّا تقدّم من كلام الصّحاح كونه بهذا المعنى لازما الّا ان يقال انّ إثبات الشىء لا يقتضى نفى غيره فيجوز ان يكون قد استعمل متعدّيا (- أيضا-) لكنّه ليس فى الصّحاح و المصباح و القاموس و المجمع من ذلك عين و لا اثر و العلم عند اللّه

قوله طاب ثراه و امّا الرّواية الأولى (- اه-)

وجه الظّهور هو اشتمالها على لفظ السّحت المختصّ بالأموال

قوله طاب ثراه فالعمدة فى المسألة الإجماع المحكى (- اه-)

قد عرفت انّه لا حظّ لنا فى التمسّك به و ربّما يخطر بالبال القاصر فى إثبات الخيار للمغبون وجه أخر كان هو الدّافع للأصل إن تمّ و هو انّ من شروط صحّة المعاملة كونها عقلائيّة ضرورة عدم شمول دليل الإمضاء الشّرعى للمعاملات السّفهائية منها؟؟؟ فاذا وقعت المعاملة المشتملة على الغبن الغير المتسامح به عند العقلاء و التفت المشترى الى ذلك فإن أمضى البيع و رضى به اندرج برضاه النّاشى عن غرض عقلائى له فى الرّضا بذلك فى المعاملات العقلائيّة و لحقه الإمضاء الشّرعى و ان لم يرض بذلك لعدم غرض عقلائى جابر لنقص الغبن اندرج البيع فى البيوع السّفهائيّة و فسدوا هذا هو الخيار المدّعى و لازم ما قلناه فوريّة الخيار لأنّه إذا لم يرض به بعد الالتفات اندرج فى المعاملات السّفهائية ففسد لكن الفرق بين ما قرّرناه من الوجه و بين ما قرّره سائر الأصحاب انّا نحكم بفساد العقد بمجرّد عدم الرّضاء بالعقد من غير حاجة الى الفسخ بخلاف الأصحاب فإنّهم يحكمون بلزوم العقد بمجرّد ترك الفسخ بل التأمّل الصّادق فى أدلّة الأصحاب يقضى بلزوم اختيارهم (- أيضا-) ما اخترناه من فساد العقد بمجرّد عدم الرّضاء و توقّف صحّته على الرّضاء لا فساده على الفسخ لأنّ الإجماع دليل لبىّ لا يؤخذ منه الّا بالمتيقّن و هو ثبوت الخيار فى الجملة و امّا انّ الصحّة متوقّفة على الرّضاء أو الفساد على الفسخ فلا صراحة فى كلمات المجمعين فى أحدهما بحيث ينعقد الإجماع على ذلك (- أيضا-) لو يشمله إجماعه على ثبوت الخيار و امّا حديث نفى الضّرر فمقتضاه فساد العقد بعدم الرّضا و صحّته بالرّضاء الجابر للضّرر و كذا غير ذلك من أدلّتهم فتأمّل

ص: ۷۵

[مسألة اشتراط أمران فی خیار الغبن]

[الأمر الأول جهل المغبون بالقیمة]

قوله طاب ثراه یشترط فی هذا الخیار أمران (- اه-)

أقول هناک أمر ثالث لم یعتبره الماتن (- ره-) و قد اعتبره جمع و هو عدم دفع الغابن التّفاوت و الّا لم یثبت الخیار و قد وقع الخلاف فی اشتراط ذلک فیظهر اعتباره من العلّامة (- ره-) فی (- کرة-) و (- عد-) علی اشکال منه و ظاهر السیّد السّند فی الرّیاض وجود قائل به صریحا و خالف فی ذلک الشّهید (- ره-) فی محکی (- س-) و المحقّق الثانی فی (- مع صد-) و محکی تعلیق (- شاد-) و أبو العبّاس فی المهذّب البارع و ثانی الشّهیدین فی (- لک-) و (- الروضة-) و الصّیمری فی محکی غایة المرام و المحقّق الورع الأردبیلی (- ره-) فی مجمع الفائدة و غیرهم فلم یشترطوا ذلک حجّة الأوّل أصالة اللّزوم مع دفع الغابن التّفاوت بعد عدم جریان دلیل الخیار هنا لأنّ الإجماع دلیل لبیّ لا یؤخذ إلّا بالمتیقّن منه و قاعدة الضّرر لا تجری بعد ارتفاع الضّرر بأخذ التّفاوت و البیع لا یکون سفهائیا بعد رجوع الزائد الیه و حجّة الثانی استصحاب الخیار الثابت قبل البذل بناء علی انّ ثبوته غیر مراعی بعدم البذل و بناء علی عدم العموم الزّمانی فی دلیل لزوم العقد من غیر فرق بین ان یکون المثبت لهذا الخیار الإجماع أو حدیث الضّرر أو غیرهما و ربّما تصدّی بعض الأواخر (- قدّه-) لاتقان هذا القول فقال و لا ینافی ثبوته بالإجماع وقوع الخلاف فیه فی محلّ الفرض فإنّه ینسحب الی محلّ الخلاف بالاستصحاب ثمّ أجاب عن قاعدة الضّرر بناء علی کونها مستند المسئلة أوّلا بأنّ البذل لا یخرج المعاوضة المشتملة علی الغبن عن اشتمالها علیه لأنّه هبة مستقلّة خارجیّة فهو من قبیل هبة الغابن الخارجیّة لا یسقط بها الخیار و فیه بحث و ثانیا بانّ غرض المغبون ربّما یکون عینا غریزة ذات قیمة فلا یندفع ضرره و ثالثا بانّ انتفاء الضّرر لا ینحصر فی بذل التّفاوت بل یمکن الردّ (- أیضا-) قلت امّا استصحاب حال الإجماع ففیه کلام مذکور فی الأصول و امّا الجواب الأوّل عن قاعدة الضّرر ففیه انّ قاعدة الضّرر و لم تدلّ علی ثبوت الخیار للغبن کی یدور مدار حصوله بل مفادها ثبوت الخیار للضّرر و لا ریب فی ارتفاع الضّرر ببذل التّفاوت فقوله انّ البذل لا یخرج المعاوضة المشتملة علی الغبن عن اشتمالها علیه لا وقع له إذ البذل و ان کان لا یخرجها عن اشتمالها علی الغبن لکن یخرجها عن اشتمالها علی الضّرر کما لا یخفی و امّا الجواب الثانی ففیه منع صدق الضّرر عرفا علی تملّک غیر مطلوبه بقیمته السوقیّة و امّا الثالث فان تمّ کان مانعا من التمسّک بالقاعدة علی ثبوت الخیار و نحن نتکلّم هنا بعد الفراغ عن صحّة التمسّک بها و ما قلناه امتن ممّا تنظر به المجیب المذکور بنفسه فی الجواب الثانی و الثّالث بقوله و فیهما نظر فانّ الغرض دفع الضّرر الخاصّ الّذی قضی بالخیار و هو نقص القیمة لا کلّ ضرر فتعلّق غرضه بخصوص العین لا مدخلیّة له فلا وجه للثّانی و الضّرر قد اندفع بالبذل و قد وقع فلا حاجة الی فسخ العقد الذی لم یقع بعد منافاته للأصل فلا وجه للثّالث انتهی فتأمّل جیّدا ثمّ انّ هذا کلّه انّما هو بناء علی ما تمسّک به الأصحاب من الإجماع و قاعدة الضّرر و امّا علی ما بنینا علیه فی الحکم بالخیار من کون المعاملة سفهیّة فاللازم هو صحّة العقد ببذل التفاوت و قد یختلج بالبال الإشکال فیما بنینا علیه من وجه أخر و هو انّ البیع إذا کان حال العقد سفهائیا کان اللّازم فساده من أوّل الأمر و عدم افادة الرّضا بها بعد ذلک لغرض عقلائیّ الصحّة لأنّ ما وقع فاسدا لا تعرضه الصّحة الّا ان یقال انّ المشتری لمّا لم یکن ملتفتا الی کون البیع سفهائیّا بقی معلّقا لفحوی عدم فساد عقد الفضولی فإذا رضی به بعد أخذ التّفاوت امّا لغرض عقلائیّ أو لبذل الغابن التّفاوت لحقه وصف الصّحة کلحوقه فی الفضولی فتأمّل فإنّ المسئلة غیر صافیة عن ثوب الإشکال

قوله طاب ثراه فلو علم بالقیمة فلا خیار (- اه-)

هذا ممّا صرّح به فی (- ط-) و (- عد-) و (- کرة-) و (- شاد-) و (- یع-) و اللمعتین و مجمع الفائدة و سائر ما تأخّر عنها قال فی (-

ط-) إذا اشترى شيئا فبان له الغبن فيه فإن كان من أهل الخبرة لم يكن له ردّه و ان لم يكن من أهل الخبرة فإن كان مثله لم تجر العادة بمثله فسخ العقد ان شاء و إن كان جرت لم يكن له الخيار انتهى بل فى الجواهر و المتن نفى الخلاف فيه و فى (- كرة-) و (- لك-) الإجماع عليه و الوجه فى ذلك بعد عدم جريان أدلّة الخيار هنا انّه هو الّذى أقدم على الضّرر و ادخله على نفسه و النّاس مسلّطون على أموالهم فإنّ لكلّ أحد هبة ماله و صلحه و بيعه بأقلّ من ثمن المثل و بذلك يخرج عن أدلّة خيار الغبن بناء على تماميّتها هذا إذا قلنا بكونه ضررا امّا لو لم نقل به كما هو الأظهر نظرا الى انّ السّفيه لا يفعل مثل ذلك الّا لغرض كانت صورة العلم بالقيمة خارجة موضوعا من غير حاجة الى الإخراج الحكمى و الى ذلك أو الى كون الغبن الخديعة و لا خديعة مع العلم أشار الماتن (- ره-) بقوله بل لا غبن ثمّ انّ عدم ثبوت الخيار عند العلم هل هو لكونه علامة الرّضاء أو تعبّدا للأدلّة أو لعدم تحقّق اسم الغبن معه استظهر الفقيه الغروى (- ره-) الثانى مستندا فى استبعاد الأوّل الى انّ لازمه اختصاص عدم الثّبوت بما إذا دلّ على الرّضاء و جعل الدّليل المتعبّد به إجماع (- كرة-) و (- لك-) و أقول الأظهر هو الأوّل و بطلان التّالى و هو اختصاص عدم الثّبوت بصورة دلالة العلم على الرّضاء ممنوع لكنّا نقول ان تخلّف السّكوت مع العلم عن الدّلالة على الرّضاء غير معقول لانّ العاقل لا يرتكب المعاملة المشتملة على الغبن الا عن رضا به لغرض عقلائىّ دعاه اليه امّا الوجه الثانى و هو التعبّد فيكفى فى بعده عدم الدّليل عليه بعد عدم حجّية الإجماع المنقول و امّا الثالث فيبعّده انّ الحكم لم يعلّق فى نصّ على الغبن كى يدور الأمر مدار صدقه

قوله طاب ثراه و لو أقدم على غبن يتسامح به (- اه-)

قد جزم بذلك الفقيه الغروىّ (- ره-) و الوجه فيه انّ اعتقاده بكونه ممّا يتسامح به لا يخرج المعاملة عن كونها سفهائيّة فى الواقع فاذا تبين كونها (- كك-) واقعا توقّف صحة البيع على رضاه به لغرض عقلائىّ و لكن الأظهر فى الفرض عدم الخيار لانّ كون المجموع ممّا لا يتسامح به لا يثبت الخيار بعد كون المقدار الذى أقدم عليه مرفوع الأثر فإذا اشترى ما يساوى خمسة دراهم بعشرة باعتقاد أنّه يساوى سبع دراهم فقد تسامح بثلث دراهم و (- ح-) فإن كان الدّرهمان ممّا يتسامح به لم يثبت له الخيار إن كانا ممّا لا يتسامح به ثبت له الخيار فالمدار فى ثبوت الخيار على كون ما جهل به من الزّيادة ممّا لا يتسامح به لا المجموع منه و ممّا علم به و تسامح لانّ ما تسامح به زال أثره بعلمه و تسامحه كما لا يخفى

قوله طاب ثراه ففى الخيار وجه (- اه-)

الوجه فى ذلك عموم قاعدة نفى الضّرر و انّ الأقدام على ما لا يتسامح به فى نفسه لغرض عقلائىّ يتسامح به لأجله لا يوجب صحّة المعاملة فيما إذا ظهر زيادة العوض عن أصل المبيع و عنه مع الغرض العقلائى المنضمّ به فاذا كان يشترى صاع من تمر فى الصّحراء بدينار و لا يشترى بدينار و نصف و اشترى هو ذلك بدينار و نصف زعما منه كون قيمته فى ذلك المكان ذلك ثمّ تبيّن انّ القيمة دينار فانّ خروج شراء الصّاع من تمر بذلك عن البيوع السّفهائيّة لا يستلزم خروج شرائه بدينار و نصف عنها فاذا تبيّن اشتباهه و عدم وقوع غرض عقلائىّ فى قبال نصف الدينار توقّف صحّة البيع على رضاء المشترى بذلك لغرض عقلائىّ

ص: ۷۶

و الّا بطل العقد ثمّ انّه قد ظهر ممّا ذكرناه فى الحاشية السّابقة انّ وجاهة ثبوت الخيار انّما هو فيما كان الزّائد ممّا لا يتسامح به منفردا و امّا إذا كان ممّا يتسامح به منفردا فالوجه فيه عدم ثبوت الخيار لما مرّ

قوله طاب ثراه لم ينفع (- اه-)

قد صرّح بذلك جمع بل ادّعى فى (- كرة-) و (- لك-) الإجماع على عدم العبرة بالزيادة و النّقيصة بعد العقد قال فى الأوّل و انّما تؤثر الزيادة الفاحشة فى تزلزل العقد و ثبوت الخيار فيه لو تبيّنتا وقت العقد و لو كانتا بعده لم يعتد بهما إجماعا انتهى و قال فى الثّانى و المراد بها يعنى القيمة وقت العقد فلو عرف القيمة ثمّ زاد أو نقص مع علمه أو تجدّدت الزّيادة أو النقيصة بعده فلا غبن و لا خيار له إجماعا انتهى

قوله طاب ثراه و يحتمل عدم الخيار (- اه-)

ما ذكره ممّا لا بأس به سيّما بناء على كون المستند فى ثبوت هذا الخيار نفى الضّرر الّا ان يقال انّه بوقوع العقد على الغبن و الضّرر قد ثبت الخيار و لا مانع من استصحابه فتأمّل

قوله طاب ثراه و لو ثبت الزيادة أو النقيصة بعد العقد (- اه-)

قد سمعت عبارة (- كرة-) و قال الشيخ الوالد قدّس اللّه تربته الزكيّة انّ قول (- المصنف-) (- ره-) بعد العقد إن كان متعلّقا بالزيادة أو النقيصة صار التعرّض لحكم هذه المسئلة تكرارا بل تناقضا لانّه احتمل فيها قبيل هذا عدم الخيار بعد ان ذكر انّ الحكم هو انّ الزيادة و النّقيصة بعد العقد لا تنفعان و إن كان متعلّقا بقوله و لو ثبت فمع بعد الحكم فى نفسه مخالف لظاهر عبارة (- كرة-) فانّ قوله فيها و لو كانتا بعده لم يعتد بهما ظاهره انّ نفس الزّيادة و النقيصة بعد العقد

قوله طاب ثراه و قد مرّ ذلك مشروحا فى خيار المجلس

لا يخفى عليك ما فى إلحاق المقام بما هناك و قياسه عليه من النّظر ضرورة انّ الخيار هناك ثبت تعبّدا للبيعين و صدقه على الوكيل المستقلّ فى التصرّف ظاهر بخلاف المقام فانّ الخيار انّما هو من باب قاعدة الضّرر و لا يصدق المتضرّر على الوكيل و انّما المتضرّر المالك فلا بدّ من ثبوت الخيار له خاصّة دون الوكيل الّا ان يقال انّ المتضرّر و إن كان هو المالك الّا انّ الوكيل (- المط-) نائب عنه فى الأخذ بالخيار و الفسخ

قوله طاب ثراه و بقول مدّعيه مع اليمين (- اه-)

هذا احد الوجوه و قد استظهره فى (- لك-) و قوّاه فى (- الروضة-) و نفى عنه البعد فى (- مع صد-) و مال إليه فى محكى تعليق (- شاد-)

قوله طاب ثراه لأصالة عدم العلم (- اه-)

قد أخذ ذلك من شيخ (- لك-) و الغرض بذلك انّ المنكر من وافق قوله الأصل و مدّعى الجهل هنا منكر لموافقة قوله لأصالة عدم العلم فيقبل قوله بيمينه لانّ كلّ منكر فالقول قوله مع يمينه و لكن يمكن المناقشة فى ذلك بانّ دوران تميز المدّعى من المنكر مدار مخالفة قول الأوّل للأصل و موافقة الثّانى ممنوع لعدم مساعدة الدّليل عليه و انّما المدار على صدق المدّعى و المنكر عرفا الحاكى له كون المدّعى من يترك لو ترك هو الدّعوى و المنكر خلافه و هنا لو ترك المشترى دعوى الجهل بالقيمة المتوقّف عليه ثبوت الخيار لتركه البائع و دعوى كون المشترى منكرا نظرا إلى إنكار العلم بالقيمة لا وجه لها بعد معارضة ذلك بإنكار البائع الجهل و كون المشترى هو الّذى يترك لو ترك الدّعوى و لكن لا يخفى عليك انّ ذلك انّما يتمّ بناء على كون الجهل بالغبن شرطا و امّا إذا كان الغبن مقتضيا للخيار و العلم بالغبن مانعا فلا يتمّ ذلك لانّه بعد تسالمهما على الغبن فمقتضى الخيار موجود و المدّعى لوجود المانع و هو العلم هو البائع فهو الّذى يترك لو ترك دعوى علم المشترى بالغبن المانع من ثبوت الخيار

قوله طاب ثراه الحاكمة على أصالة اللّزوم (- اه-)

أشار بذلك الى مستند الوجه الثانى فى المسئلة و الى ردّه فالوجه؟؟؟ هو عدم الثّبوت مطلقا و المستند أصالة لزوم العقد فيستصحب الى ان يثبت المزيل و لم يثبت كون الغبن من دون ثبوت الجهل مزيلا- و الردّ انّ الشكّ فى اللّزوم ناش من الشكّ فى تحقّق العلم المانع من ثبوت الخيار فاذا نفى المانع بالأصل زال الشّك المأخوذ فى موضوع أصالة اللّزوم

قوله طاب ثراه مع انّه قد يتعسّر (- اه-)

هذا وجه ثان للثّبوت (- مط-) و يقرب منه ما قرّره بعضهم من انّ العلم و الجهل من الأمور الّتى تخفى غالبا فلا يطّلع عليها الّا من قبل من هى به و من المقرّر المتّفق عليه تقديم قول المدّعى بيمينه فيما لا يعلم الّا من قبله و سيظهر الجواب عن ذلك

قوله طاب ثراه فتأمّل

قد أشار بذلك الى ردّ الوجه المذكور و ذلك من وجوه أشار إليها الشّيخ الوالد العلّامة قدّس اللّه سرّه فى غاية الآمال محتملا فى كلّ منها ان يكون وجها للتأمّل أحدها انّ مجرّد اتّفاق أهل؟؟؟ عسر على إقامة البيّنة لا يكفى فى جريان حكم قبول قول المدّعى بيمينه و العلم و الجهل لهما أسباب و مسبّبات محسوسة موجودة من أهل الخبرة فإنّه سبب لكونه عالما و كإظهار الفرح بالمعاملة فإنّه مسبّب منه و كلّ ماله آثار ظاهرة أو أسباب محسوسة مقتضية له فإنّه ليس ممّا لا يعلم الّا من قبله و إن كان هو بنفسه امرا غير محسوس فيجرى عليه احكام المحسوس كيف لا- و مجرّد الاتّفاق لو كفى كان اللازم كفايته فى المحسوسات (- أيضا-) إذ قد يتعسّر بل قد يتعذّر إقامة البيّنة على شىء محسوس مدّعى مع انّه لا يقبل قول المدّعى فيه بيمينه ثانيها انّ اتفاق تعسّر إقامة البيّنة على الجهل و ان اثّر قبول قول المدّعى فى مورده الّا انّ ذلك لا يصير قضيّة كلّيّة حتّى يصحّ ان يقال انّ قول مدّعى الجهل يقبل (- مط-) و المقصود انّما هو الحكم على وجه القضيّة الكلّية ثالثها انّ قبول قوله من باب تعسّر إقامة البيّنة أو تعذّرها انّما يتمّ على تقدير كون من يقبل قوله مدّعيا و مدّعى الجهل فى هذا المقام لا يصدق عليه تعريف المدّعى بعد جريان أصالة عدم العلم الحاكمة على أصالة اللّزوم لانّ من وافق قوله الأصل يكون منكرا قلت فى هذا الوجه الثالث نظر من حيث ان المرجع فى مصداق لفظ المدّعى و المنكر فى النّصوص هو العرف و هو غير مساعد على موافقة الأصل و مخالفته بل الّذى يساعد على ذلك كون المدّعى من يترك لو ترك هو الدّعوى كما أوضحنا ذلك فى قضاء منتهى المقاصد و هنا لو ترك المشترى دعوى الجهل المتفرّع عليه ثبوت الخيار لتركه البائع فالمنكر هو البائع و المدّعى هو المشترى فلا تذهل

قوله طاب ثراه هذا كلّه إذا لم يكن المغبون (- اه-)

ظاهر العبارة انّ القائل بالثّبوت انّما يقول به فيما إذا لم يكن المغبون من أهل الخبرة و ليس (- كك-) بل فى المسئلة وجوه ثلث الثبوت (- مط-) و هو لمن عرفت و عدم الثبوت (- مط-) و التفصيل بين إمكان الجهل فى حقّه فيثبت لما مرّ فى منشأ الوجه الأوّل و بين عدم إمكان الجهل فى حقّه فلا يثبت لاستصحاب اللّزوم على التقرير المزبور بعد عدم جريان منشأ الوجه الأوّل فيه من حيث انّ أصالة عدم العلم معارضة بظهور العلم و كون الجهل ممّا لا يعلم الّا من قبله مدفوع بظهور علمه من القرائن

قوله طاب ثراه مع انّ عموم تلك القاعدة ثمّ اندراج المسئلة فيها محلّ تأمّل (- اه-)

(۱۱) قال الشيخ الوالد العلّامة أعلى اللّه تعالى مقامه و مقرّه فى وجه التأمّل ما لفظه امّا كون عمومها محلّ تأمّل فلانّ المعلوم من جريان حكمها هو ما لو كان المورد ممّا ليس له آثار ظاهرة و لا مسبّبات محسوسة بحيث يكون الأصل و الغالب فيه عدم الاطلاع عليه الّا من قبله فلا تعمّ مثل ما نحن فيه من دعوى أهل الخبرة الجهل بقيمة ما اشتراه أو باعه ممّا له أسباب و مسبّبات ظاهرة بحيث يمكن دعوى ندرة خفاء الأمر و قد بيّنا فى الحاشية السّابقة انّ ما له أسباب أو مسبّبات محسوسة فهو فى حكم المحسوس و امّا عدم اندراج

ص: ۷۷

المسئلة فيها على تقدير تسليم عموم القاعدة من الحيثيّة المذكورة فلإمكان منع تعسّر إقامة البيّنة على جهله فى المفروض هذا كلامه علا مقامه و لا غبار عليه

قوله طاب ثراه لأصالة عدم التغيير (– اه–)

لا- يخفى عليك انّه لا- كلّية لهذا الأصل بل انّما تنفع فيما إذا اتّفقا على كون القيمة قبل العقد ما وقع عليه العقد و اختلفا فادّعى المشترى نقصها حال العقد بما لا يتسامح به و أنكر البائع ذلك و ادّعى بقائها على ما كانت عليه حال العقد فإنّ أصالة عدم التّغيير عمّا كانت عليه حال العقد تقتضى تقديم قول منكر التّفاوت

قوله طاب ثراه الّا انّه لا يثبت به وقوع العقد على الزّائد حتّى يثبت الغبن (– اه–)

الظّاهر انّ الوجه فى عدم ثبوت وقوع العقد على الزّائد به هو كون أصالة تأخّر العقد على الزّائد عن القيمة بالنّسبة إلى وقوع العقد على الزّائد من الأصول المثبتة و هى ليست بحجّة و يمكن المناقشة فى ذلك بخفاء الواسطة و نحو ذلك فتأمّل جيّدا

[الأمر الثانى كون التفاوت فاحشا]

اشارة

قوله طاب ثراه الأمر الثّانى كون التّفاوت فاحشا (– اه–)

قد صرّح باعتبار الشرط المذكور جمع كثير قاطعين به بل نفى فى المستند العثور على خلاف فيه و استظهر الفقيه الغروىّ الإجماع عليه و الوجه فى ذلك ظاهر لأنّ المسامحة العادية تكون شاهد حال على الرّضاء بذلك التفاوت و قد عرفت خروج الضّرر مع الرّضاء عن عمومات نفيه بل قد يقال انّ ما يتسامح به عادة لا يوجب الزّيادة أو النّقصان فى القيمة لأنّ القيمة ليست شيئا معيّنا بل هى ما يقابل به الشىء عند أهل خبرته فاذا تسامحوا بشىء فيه لا يكون هذا تفاوتا فى القيمة بل القيمة تكون هى الواقع بين طرفى عدم التّسامح و لا يجب كونها امرا معيّنا عرفا بل الزّيادة و النّقصان هذا كلّه مضافا الى أصالة اللّزوم بعد عدم جريان دليل الخيار فى صورة التّفاوت المتسامح به لانّه امّا الإجماع و فقده هنا ممنوع حتّى استظهر من ذكر الإجماع على اللّزوم أو قاعدة الضّرر و جريانه هنا ممنوع لمنع صدق الضّرر لمثل ذلك عرفا أو ما قلناه من اندراج البيع فى البيوع السّفهائيّة و عدم الاندراج فى الفرض معلوم

قوله طاب ثراه كما فى (– كرة–) (– اه–)

قال فى (– كرة–) لمّا لم يقدر الشّارع للغبن حدّا عرف انّه قد أحال النّاس على العادة جريا على القاعدة المعروفة المعهودة عند الشّرع من ردّ النّاس الى العرف بينهم فى ما لم ينصّ فيه على شىء إذا تقرّر هذا فلا تقدير للغبن عندنا بل الضّابط ما قلناه من انّ ما لا يتغابن النّاس بمثله يثبت معه الخيار و ما يتغابن النّاس بمثله لا يثبت فيه خيار و قال مالك إن كان الثلث إلى أخر ما نقله الماتن (– ره–)

قوله طاب ثراه و لا يبعد دعوى عدم مسامحة النّاس فيه كما سيجىء التّصريح به عن المحقّق القمىّ (– ره–) (– اه–)

ربّما يتوهّم الإيراد على الماتن (– ره–) بانّ الخمس هنا عبارة عن خمس الثّمن أو القيمة و الخمس المذكور فى كلام المحقّق القمىّ (– ره–) كما سيأتى عبارة عن خمس تومان فيما لو بيع بخمس توأمين فلا مساس له بما نحن فيه و قد دفع الشيخ الوالد أنار اللّه برهانه هذا التوهّم بانّ مراد (– المصنف–) (– ره–) بالخمس الّذى حكى عن المحقّق المذكور التصريح بعدم مسامحة النّاس فيه هو ما ذكره فى طرف غبن المشترى من زيادة الدّنانير على اربع توأمين فإنّها قد زادت عليها بتومان الّا خمس تومان فالزّائد (– ح–) ثمانية قرانات بحساب زماننا و أربعة توأمين عبارة عن أربعين قرانا و الثّمانية خمس الأربعين

قوله طاب ثراه ثمّ انّ الظاهر انّ المرجع عند الشكّ فى ذلك هو أصالة ثبوت الخيار (- اه-)

أقول إن كان المستند فى إثبات الخيار بالغبن الفاحش هو الإجماع رجع الشكّ الى حصول الغبن الموجب لعروض الجواز للعقد فيرجع الى أصالة اللّزوم قطعا و أصالة الخيار (- ح-) لا معنى له و إن كان المستند هو قاعدة الضّرر جرى ما ذكره (- المصنف-) (- ره-) من الوجهين الرّاجع ثانيهما إلى الأوّل و إن كان المستند كون المعاملة سفهيّة كان المرجع عند الشكّ فى كونها سفهيّة أصالة عدمها و أصالة اللّزوم

[بقى هنا شيء و هو أن المناط فى الضرر الموجب للخيار كون المعاملة ضررية و كيفية تصوير الغبن من الطرفين]

قوله طاب ثراه و الأظهر اعتبار الضّرر المالى (- اه-)

هذا كلام متين لانّ المدار على صدق الضّرر واقعا و لازمه دوران الأمر مدار الضّرر المالى و مجرّد كون المتضرّر مليّا لا يضرّ به ذلك لا يوجب عدم كون أصل المعاملة ضرريّة و على ما ذكرناه من كون المستند فى خيار الغبن اندراج المعاملة فى البيوع السّفهائيّة فالأمر أوضح لأنّ الضّرر ممّا يمكن دعوى دورانه مدار حال الشخص بخلاف كون المعاملة سفهيّة فإنّه لا يختلف الحال فى ذلك بين الأشخاص بل المدار على نفس المعاملة مع الاقتران بزمان أو مكان أو غرض صحيح فلا تذهل

قوله طاب ثراه و يمكن (- أيضا-) ان يلتزم الضّرر المالى (- اه-)

فيه انّ المدار فى جريان قاعدة الضّرر على الضّرر الدّنيوى فلا يفيد الجبر الأخروى فى إزالة الضّرر المحقّق فتدبّر

قوله طاب ثراه كما يشير اليه قوله عليه السّلام بعد شرائه ماء وضوئه (- اه-)

أشار بذلك الى ما رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن محمّد بن يحيى عن احمد بن محمّد البرقى عن سعد بن سعد عن صفوان قال سألت أبا الحسن عليه السّلام عن رجل احتاج الى الوضوء للصّلوة و هو لا يقدر على الماء فوجد تقدر ما يتوضّأ به بمائة درهم أو بألف درهم و هو واجد لها ا يشترى و يتوضّأ أو يتيمّم قال لا بل يشترى قد أصابنى مثل ذلك و اشتريت و توضّأت و ما يشترى بذلك مال كثير

قوله طاب ثراه و المحكى عن بعض الفضلاء فى تعليقه على (- الروضة-) (- اه-)

عبارة الفقيه المحقق الشيخ على الغروىّ (- ره-) فى تعليقه على خيارات اللّمعة صريحة فيما حكى عن البعض و عبارته نظير عبارته فيمكن ان يكون هو المراد بالبعض

قوله طاب ثراه الظّاهر انّ مثل هذا البيع (- اه-)

(۱۱) يؤيّد ما ذكره و يشهد به انّ عمدة دليل خيار الغبن عندهم هى قاعدة الضّرر و من المقطوع به عدم صدق الضّرر على مثل تلك المعاملة و كذا ليست المعاملة المذكورة سفهيّة فلا خيار فيها للبائع و لا للمشترى

قوله طاب ثراه و منها ما ذكره بعض المعاصرين (- اه-)

(۱۲) أراد به صاحب الجواهر (- ره-) فإنّه قال بعد إثباته الخيار لكلّ من المشترى و البائع ما لفظه بل لو فرض تصوّر الغبن فيهما كما إذا وقع البيع على شيء فى عقد واحد و كان كلّ منهما بثمن معيّن فى أحدهما الغبن على البائع و فى الأخر الغبن على المشترى ثبت الخيار لهما معا انتهى و يردّه ما أشار إليه الماتن (- ره-) بل الأظهر عدم ثبوت الخيار للبائع و لا للمشترى فى الفرض إذا كانت الزيادة مساوية للنقيصة و امّا مع عدم التساوى فالخيار للمغبون

قوله طاب ثراه لكن ظاهر عبارة الشهيد (- ره-) و المحقّق الثّانيين ارادة ما عنون به هذا الخيار هو الغبن بالمعنى الأخصّ (- اه-)

(۱۳) قد عرفت فى صدر الإشكال انّه قد نشأ منهما و الوجوه المذكورة انّما سيقت لتصوير مرادهما و دفع الإشكال عن مقالتهما فلا بدّ من مساعدة كلاميهما على ما يذكر توجيها لهما

قوله طاب ثراه و يتصوّر غبنهما فى أحد العوضين (– اه–)

(۱۴) الوجه بين هذا التصوير و بين ما حكاه عن مفتاح الكرامة أوّلا هو انّ هذا تصوير للغبن من الطرفين فى أحد العوضين و الأوّل كان تصوير الغبن كلّ منهما فيما وصل اليه من العوض اعنى تصوير غبنهما فى كلا العوضين

قوله طاب ثراه و الأولى من هذه الوجوه هو الوجه الثالث

(۱۵) قد عرفت ما فى الوجه الثّالث من عدم ملائمته لكلام من يراد دفع الإشكال عن مقالته مضافا الى انّه التزام بالإشكال و ليس دفعا له و ربّما أجاب بعضهم فى تعليقه على المتن عن الإشكال بوجه أخر و هو انّ الغبن أعمّ من ان يكون من جهة التّفاوت فى الماليّة عرفا فى حدّ نفسه بان يكون

ص: ۷۸

قيمته فى حدّ نفسه أزيد من الثّمن و ان يكون من جهة لزوم ضرر على المغبون من أجل المعاملة و إن كانت بثمن المثل كما لو فرض انّ له امة تسوى عشرة توأمين و لها ولد يسوى ستّين فباع الأمة بدون الولد بعشرين و فرض انّ الولد يموت بالتفريق بينه و بين امه فهذا البيع يوجب الضرر على البائع و إن كان بيعه بأزيد من ثمن المثل فكأنّه باع ما يساوى ستّين بعشرين و المشترى مغبون من جهة انّه اشترى ما يسوى عشرة بعشرين فكلّ منهما مغبون ثمّ قال بل يمكن ان يقال انّ قيمة المال قد تختلف باختلاف الأشخاص فالأمة المفروضة قيمتها للبائع ستّون و للمشترى عشرة و الحاصل انّه يمكن دعوى انّ ماليّة المال الواحد فى المكان الواحد تختلف باختلاف الأشخاص و معه يمكن فرض مقبوليّة كلّ منهما فى المعاملة الواحدة انتهى و أنت خبير بانّ ما ذكره من الغرابة بمكان ضرورة انّ الغبن الموجب للخيار انّما هو النّقص فى الماليّة و امّا صورة لزوم ضرر على المغبون من أجل المعاملة و إن كانت بثمن المثل فليست من الغبن موضوعا قطعا بل و لا حكما إذ لم يفت بثبوت الخيار فيه احد فيما عثرنا عليه و لم ينقل عن احد ذلك و مجرّد تضرّره لا يوجب ثبوت الخيار لأنّ قاعدة الضّرر لا تثبت الخيار مع انّها لا يتمسّك بها إلّا فى مورد عمل بها الأصحاب و لا عمل به هنا و قوله انّ قيمة المال تختلف باختلاف الأشخاص كما ترى فإنّ قيمة الشىء ما يسوى به و يواذيه فى الماليّة من دون نظر الى الأشخاص و اختلاف الماليّة باختلاف الأشخاص ممّا لا يعقل له معنى كما هو واضح فالحقّ انّ الإشكال فى محلّه و انّ الغبن بالنّسبة إليهما جميعا غير معقول و الالتزام بالإشكال أهون من ارتكاب ما يستبشع منه

[مسألة ظهور الغبن شرط شرعى أو كاشف عقلى]

قوله طاب ثراه و قولهم لا يسقط (- اه-)

هذه العبارة لا تخلو من قصور إذ غرضه (- قدّه-) بذلك الاستشهاد به للاحتمال الثّانى و هو كون ظهور الغبن كاشفا عقليّا عن ثبوته حال العقد و لم يسبق ما يصحّ عطفها عليه و قد كان حقّ التّعبير ان يقول و ظاهر كلمات اخرين الثّانى و يشهد له قولهم لا يسقط (- اه-) ثمّ انّ هذا الشاهد لا شهادة فيه على الثّانى لأنّ عدم السّقوط فى كلماتهم أعمّ من عدم الثبوت من أوّل الأمر و من السّقوط بعد الثّبوت الا ترى الى قولهم يسقط خيار المجلس و الحيوان و غيرهما باشتراط سقوطه فى ضمن العقد مع انّ الخيار لا يثبت قبل العقد حتّى يسقط باشتراط سقوطه فى ضمن العقد كما لا يخفى الّا ان يقال انّ السّقوط حقيقة فى زوال الثابت و استعمالهم له فى عدم الثبوت فى موضع لقرينة لا يقتضى رفع اليد عن ظاهر كلامهم فيما لا قرينة فيه على ارادة خلاف الظّاهر لكنّ الإنصاف خلاف ذلك مع انّه لا حجّة فى كلامهم هذا و قد يستشهد للثّانى (- أيضا-) بتمسّكهم بقاعدة الضّرر فإنّه يقتضى الثبوت من حين العقد لانّ السّبب و هو الضّرر قد ثبت بالعقد و كذا مقتضى ما تمسّكنا به هو ثبوت التّزلزل من حين العقد و توقّف اللّزوم على الرّضاء بعد الاطلاع على حقيقة الحال لغرض عقلائىّ فتأمّل

قوله طاب ثراه و ممّا يؤيّد الأوّل انّهم اختلفوا (- اه-)

لى فى هذا التّأييد نظر ضرورة انّ الخيار مختصّ بالمغبون قطعا فتصرّف الغابن فى الثمن حال جهل المغبون بالغبن جائز (- مط-) سواء قلنا بثبوت الخيار بظهور الغبن أو من حين العقد امّا على الثانى فظاهر و امّا على الأوّل فلوضوح انّ خيار احد المتبايعين لا يمنع من تصرّف الأخر فيه ما لم يفسخ العقد ضرورة انتقال ما فى يد كلّ منهما إليه غاية ما هناك عدم كونه على وجه اللّزوم و ذلك غير مانع من التصرّف و الّا لاقتضى المنع من التصرّف فى سائر العقود الجائزة (- أيضا-) و التّالى باطل بالضّرورة فالمقدّم مثله

قوله طاب ثراه و يؤيّده أيضا الاستدلال فى (- كرة-) و الغنية (- اه-)

فى هذا التأييد (- أيضا-) نظر لانّ تعليق الخيار فى تلقّى الرّكبان على دخول السّوق انّما هو لاختلاف الموارد بحصول الغبن و عدمه فعلّق على دخول السّوق و ظهور الغبن لذلك و مورد الاستدلال من الخبر فى المقام انّما هو سببيّة الغبن للخيار الموجب لثبوته بمجرّد

حصول السّبب غاية ما هناك توقّف ظهور المسبّب على ظهور السّبب هذا نعم يمكن تأييد الأوّل بأنّ الأصل لزوم البيع خرج من ذلك الجواز بعد ظهور الغبن بالإجماع و بقى ما قبل ظهور الغبن تحت الأصل فتدبّر

قوله طاب ثراه و توضيح ذلك انّه ان أريد بالخيار (- اه-)

فيه انّه لا- وجه لهذا الترديد إذ لا- شبهة و لا- ريب فى كون الخيار عبارة عن الشقّ الثانى من التّرديد و امّا الأوّل فإنّما هو من اثاره و توابعه و انّما الإشكال فى انّ ثبوت نفس الخيار من حين العقد أو من حين ظهور الغبن و لا- وجه للإشكال فى ذلك (- أيضا-) لارتفاع الإشكال بملاحظة كلّ مبناه فى أصل المسئلة فإن كان الإجماع كان اللازم القصر على المتيقّن و الحكم بالثّبوت من حين الظّهور و إن كان قاعدة الضّرر كان اللازم الإثبات من حين العقد لحصول السّبب من ذلك الوقت كما هو واضح لا سترة عليه

قوله طاب ثراه ثمّ انّ الآثار المجعولة للخيار (- اه-)

يظهر من كلامه هذا الى قوله و يظهر ثمرة الوجهين (- أيضا-) فيما لو فسخ (- اه-) كون القسم الثّانى و الثّالث من الآثار فى كلامه ثمرة للنّزاع فى كون المبدء من حين العقد أو من حين الظّهور و توضيحه انّه قد زعم ظهور الثمرة فى مواضع فمنها إسقاط الخيار بعد العقد قبل ظهوره فإنّه يجوز على القول بكونه من حين العقد دون القول بكونه من حين الظّهور لكونه إسقاطا لما لم يجب و أنت خبير بما فيه لأنّ إسقاط الحقوق المحتمل حصولها ممّا ثبت جوازه شرعا الا ترى الى جواز إسقاط خيار المجلس و الحيوان و نحوهما فى العقد مع انّه لا- يحصل الّا بعد تمام العقد بفضل فى الحيوان على راى أى راى من جعل مبدء خيار الحيوان من حين الافتراق فى المجلس و منها إسقاطه حال العقد مع عدم العلم به و فيه ما فى سابقة و منها نفوذ التصرّفات النّاقلة قبل الظّهور بناء على ثبوت الخيار من حين الظّهور و عدم النّفوذ بناء على ثبوته من حين العقد و فيه انّه لا- ملازمة بين النفوذ و بين الثّبوت من حين الظّهور لجواز التصرّف و نفوذه من كلّ منهما فيما انتقل اليه قبل ظهور الغبن و بعده و دعوى عدم نفوذ التصرّف فى زمن الخيار لا شاهد عليها و الّا لكان اللّازم فى خيار الحيوان و المجلس المنع من التصرف فى المجلس و الثلاثة الّا بعد الإمضاء و التّالى فاسد بالضّرورة فكذا المقدّم كيف لا- و قد حكموا بسقوط خيار الحيوان و المجلس بالتصرّف قبل العلم بالخيار و بعده و لو لا نفوذ التصرّف لكان اللّازم عدم الإسقاط كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و يظهر ثمرة الوجهين (- أيضا-) فى ما لو فسخ (- اه-)

يعنى انّا ان قلنا بانّ ظهور الغبن شرط شرعىّ لحدوث الخيار كان فسخه المذكور لغوا لوقوعه من غير سبب واقعى و ان قلنا بانّ الظّهور كاشف عن ثبوته حال العقد كان الفسخ مؤثّرا من جهة تحقّق سبب الخيار فى الواقع

[مسقطات خيار الغبن]

[الأول إسقاطه بعد العقد]

قوله طاب ثراه مع العلم بمرتبة الغبن و لا مع الجهل بها (- اه-)

كلمة لا فى قوله و لا مع الجهل زائدة ينبغى إسقاطها لعدم صحّة المعنى و ليس ذلك معطوفا على كلمة الإشكال حتّى يعاد عليه كلمة لا و كيف كان فالمراد واضح و الأصل فى صحّة هذا الإسقاط هو

ص: ۷۹

عموم ما دلّ على تسلّط النّاس على حقوقهم كاموالهم من غير معارض غاية الأمر انّه مع الجهل بمرتبة الغبن يدور الأمر مدار مقدار الإسقاط و كيفيّته فإن أسقط الغبن المسبّب عن أىّ مرتبة كانت فاحشا أو أفحش سقط مطلقا و ان أسقط الفاحش دون الأفحش لم يسقط الّا الفاحش

قوله طاب ثراه وجهان (- اه-)

قلت الأظهر هو الوجه الأوّل لأنّ النّاس كما انّهم مسلّطون على أموالهم بحكم النصّ فكذا هم مسلّطون على حقوقهم كما يظهر من اخبار الحقوق و (- أيضا-) كما لا يحلّ مال امرء مسلم الّا عن طيب نفسه فكذا لا يسقط حقّه الّا عن طيب خاطره

قوله طاب ثراه و من انّ الخيار أمر واحد (- اه-)

هذا إنكار لما هو بمنزلة البديهى ضرورة تجزى أغلب الحقوق بل جميع الحقوق الماليّة كتجزّى الأموال فإنّ حقّ الشّفعة فى دار يتجزّى بالنّسبة الى كلّ جزء منها و لذا لو باع نصف الدّار أو بيتا منها ثبت حقّ الشّفعة بالنّسبة الى ذلك و لو لا التجزّى للزم عدم الثبوت إلّا فى بيع الجميع و (- أيضا-) يسقط بإسقاط بعضه دون بعض و بالنّسبة إلى حصّة شريك مشاعا دون أخر كما هو واضح و التّفرقة بين حقّ الخيار و بين الشّتم و القذف لا وجه له لعدم الفرق بينهما إلّا فى كون الأوّل من قبيل الأقلّ و الأكثر الارتباطيين و الثّانى من قبيل الاستقلالين بل ربّما يمكن فرض الخيار (- أيضا-) من الاستقلالين بتكلّف ثمّ على ما اخترناه من عدم سقوط الجميع فى الفرض فهل يسقط بمقدار ما أسقطه فلو زعم انّ التّفاوت عشرة و أسقط ثمّ ظهر أنّه مائة فهل يسقط العشرة و يبقى التّسعون أم لا وجهان أظهرهما السّقوط لعدم المانع و لسقوط الحقّ بإسقاطه و يظهر اثر النّزاع فيما إذا أسقط بعد ذلك تسعين و لم يمكن لغيبة أو موت استعلام انّه أراد التّسعين المتضمّن للعشرة السّابقة ليبقى عشرة أو التّسعين غيرها ليسقط الجميع فإنّه على القول بسقوط مقدار ما أسقطه أوّلا يسقط الجميع بإسقاط تسعين و على القول الآخر يبقى عشرة فتأمّل و يظهر (- أيضا-) فيما إذا تباينا على إعطاء الغابن التّفاوت و قلنا بسقوط الخيار به فإنّه على الأوّل ليس له أخذ العشرة فى المثال بل التسعين فقط لأنّ الحقّ المسقط لا يعود حقّا بخلافه على الثّانى فإنّ له أخذ المائة فافهم

قوله طاب ثراه لما ذكرنا من انّ الخيار حقّ واحد (- اه-)

قد عرفت آنفا منع كون الخيار فى أمثال المقام حقّا واحدا

قوله طاب ثراه و هذا هو الأقوى فتأمّل (- اه-)

قلت الأقوى هو الوجه الأوّل و هو البطلان لأنّه إذا انصرف الإطلاق على المتعارف كان الصّلح من غير المتعارف غير مقصود و العقود تتّبع القصود و حيث لا قصد فلا عقد فيبطل و لعلّه الى ذلك أشار الماتن (- ره-) بالأمر بالتّأمّل و استظهر الشّيخ الوالد (- قدّه-) كون الأمر بالتأمّل هنا امرا بالتعمّق و التدبّر فى وجه المقصود

قوله طاب ثراه كإبراء المالك الودعىّ المفرط من الضّمان (- اه-)

يعنى قبل تلف الوديعة الّتى فرط فيها الودعىّ فإنّ الإبراء هناك صحيح باعتبار وجود السّبب الّذى هو التفريط و ان لم يتحقّق شرط فعليّة الضّمان و هو التّلف

[الثانى من مسقطات خيار الغبن اشتراط سقوطه فى متن العقد]

قوله طاب ثراه قال فى (- س-) فى هذا المقام (- اه-)

قد حكى عن الصّيمرى فى غاية المرام الجزم ببطلان العقد و الشرط كليهما هنا

قوله طاب ثراه ثمَّ احتمل الفرق (- اه-)

أراد (- ره-) انّ الغرر بعد حصوله فی كلّ من موردی خيار الغبن و خيار الرّؤية بسبب اشتراط سقوط الخيار يسهل رفعه و إزالته فی مورد الغبن من جهة انّ الغبن يحصل بزيادة المال فی معرض البيع عن قيمته اللّائقة به و إذا حصل الغرر بإسقاط الخيار أمكن جبره بالأرش فيقابل المال بما يليق به و ذلک علی خلاف مورد خيار الرّؤية فإنّه انّما يتحقّق بسبب تخلّف شیء من الأوصاف و معلوم انّ الرّغبات تختلف باختلافها و ليست ممّا تجبر بالأرش فلا يتحقّق فيه سهولة إزالة الغرر الحاصلة فی الغبن كما نبّه علی ذلک الشّيخ الوالد العلّامة أعلی اللّه تعالی مقامه ثمَّ قال و لكنّک خبير بأنّه قد يحصل من هذا البيان انّ هذا الوجه الّذی جعله الشّهيد (- ره-) مستندا للاحتمال ليس ممّا يصحّ الاستناد إليه فی الحكم لأنّ سهولة إزالة الغرر بعد حصوله فی ضمن البيع لا يخرج البيع المذكور عن عنوان بيع الغرر الّذی نهی النّبی (- ص-) عنه فتدبّر هذا كلامه رفع مقامه و هو كلام موجّه

قوله طاب ثراه و لعلّ توجيه كلام الشهيد (- ره-) هو ان (- اه-)

ربّما استدلّ بعضهم لمختار الشهيد (- ره-) بوجه أخر هو انّ هذا الخيار لا يسقط بالتصرّف كما تسمع إنشاء اللّه تعالی فلا يسقط بالشرط و فيه نظر ظاهر لمنع الملازمة بل ثبوت الفرق لكون التصرّف أضعف من الاشتراط كما هو واضح و بالجملة فلا وجه لرفع اليد عن عموم أدلّة الشروط بأمثال هذه التكلّفات

قوله طاب ثراه لكن الأقوی الصحّة (- اه-)

الوجه فی ذلک هو عدم أدلّة الشّروط بعد عدم كون اشتراط سقوطه مخالفا للكتاب و لا السنّة و لا لمقتضی العقد فيشمله عموم ما دلّ علی انّ المؤمنين عند شروطهم

قوله طاب ثراه و ثبوت الخيار (- اه-)

عطف علی التّزلزل و مفسّر له

قوله طاب ثراه و امّا خيار الرؤية (- اه-)

(۱۱) لمّا بيّن توجيه كلام الشهيد (- ره-) بالنّسبة إلی خيار الغبن و بقی توجيهه بالنّسبة إلی خيار الرّؤية تعرّض له بهذا الكلام

قوله طاب ثراه و لا تنافی بين ان يقدّم علی اشتراء العين (- اه-)

(۱۲) الوجه فی عدم التّنافی ما نبّه عليه الشيخ الوالد العلّامة أنار اللّه برهانه من ان التزامه بعدم الفسخ (- ح-) إسقاط لما استحقّه و لا يتحقّق الإسقاط إلّا بعد الاستحقاق فالّذی ينافی الاستحقاق انّما هو نفی الاستحقاق لا إسقاط الحقّ ثمَّ انّه (- قدّه-) قال و ممّا يرفع البعد عن هذا المقال ملاحظة العفو من اللّه تعالی فی بعض ما حرّمته علی عباده كالظّهار مثلا فإنّه مبغوض للّه تعالی لكنّه بعد ما فعله العبد قد عفی تعالی عنه و رفع ما يستحقّه العبد من العقاب فالمنافی للتّحريم انّما هی إباحة المنهیّ عنه لا إسقاط عقابه و العفو عنه

قوله طاب ثراه فتأمّل

(۱۳) جعله الشيخ الوالد (- قدّه-) إشارة إلی دقّة المقصود و التدبّر فی وجهه و الّذی يظهر لی انّه أشار بذلک الی ما وعده بقوله و سيجیء (- اه-) فإنّه أثبت عند الكلام فی خيار الرّؤية التّنافی بينهما و رجوعه الی التّناقض و إبطاله للاشتراط الرّافع للغرر و عود الغرر بذلک ذكر ذلک عند الكلام فی مسقطات خيار الرّؤية فراجع

[الثالث من مسقطات خيار الغبن تصرف المغبون]

قوله طاب ثراه و امّا الإجماع فهو غير ثابت (- اه-)

(۱۴) توضيح ذلک علی ما افاده الشيخ الوالد (- قدّه-) انّ التصرّف بعد العلم بالغبن دليل علی الرّضاء و الإجماع علی ثبوت الخيار مع الغبن دليل لبّی و القدر المتيقّن منه انّما هی صورة عدم الرّضاء فلا يتحقّق مع وجوده الّا ان يقال انّه قد قام الإجماع علی ثبوت الخيار

للمغبون بعد العلم بالغبن و قبل التصرّف لانّ اللازم على تقديرى القول تكون ظهور الغبن شرطا شرعيّا للخيار و القول بكونه كاشفا هو الحكم بثبوت الخيار (- ح-) و انّما الشكّ فى انّ التصرّف هل هو رافع للخيار أم لا فيكون المقام من قبيل الشكّ فى الرافع فيجرى الاستصحاب على مذهب (- المصنف-) (- ره-) لا- من قبيل الشكّ فى مقدار استعداد المقتضى كما فى صورة الشكّ فى كون الخيار على الفور أو على التّراخى و تعبيره (- ره-) بالدّفع إشارة إلى كون الشكّ فى المقتضى لأنّ لازم كون التصرّف دافعا للخيار هو حدوث مقتضى الخيار فى حال حدوثه أو بعده فيرجع الشكّ فى الخيار على هذا الى الشكّ فى مقتضية

قوله طاب ثراه فتأمّل

(۱۵) يحتمل ان يكون الأمر بالتأمّل إشارة إلى كون الشكّ هنا فى المقتضى كما سمعت فلا يجرى الاستصحاب

ص: ۸۰

و احتمل الشيخ الوالد العلّامة أعلى اللّه مقامه ان يكون إشارة إلى دفع ما قد يتوهّم من انّ المجمع عليه هو ثبوت الخيار بشرط عدم التصرّف و مع وجود التصرّف يتبدّل الموضوع فاذا فرض وقوع الشكّ فى كون التصرّف رافعا لم يجر الاستصحاب من حيث ارتفاع الموضوع و وجه الدّفع هو منع كون المجمع عليه ثبوت الخيار بشرط عدم التصرّف و انّما المجمع عليه هو ثبوته فى حال عدم التصرّف و تبدّل الأحوال غير موجب لتبدّل الموضوع و الّا لم يجر الاستصحاب فى شيء من موارد الشكّ فى رافعيّة الشيء الموجود هذا و لكنّا نقول انّ التمسّك بالاستصحاب ممّا لا وجه له حتّى بناء على كون الشكّ هنا فى الرافع لانتفاء الإجماع بالخلاف فانّ الخلاف يكشف عن اختصاص الحكم المجمع عليه بما إذا لم يرض فتأمّل

الرّابع من المسقطات تصرّف المشترى المغبون

اشارة

قوله طاب ثراه و من تأخّر عنه (- اه-)

كالعلّامة فى (- كرة-) و محكى (- ير-) و الشّهيد فى غاية المراد و ابن فهد فى المهذّب البارع و الفاضل المقداد فى التنقيح و المحقّق و الشهيد الثّانيين فى (- مع صد-) و تعليق (- شاد-) و (- لك-) و (- الروضة-) و شمس الدين فى محكى كلامه و غيرهم

قوله طاب ثراه و قيل انّه المشهور (- اه-)

النّاقل للشّهرة هو ثانى الشهيدين فى (- الروضة-) و الكاشانى فى المفاتيح و الفقيه الغروى فى خياراته

قوله طاب ثراه و هو (- كك-) بين المتأخّرين

هذا يدلّ على تأمّله فى الشّهرة المطلقة و هو (- كك-) إذا لم يعنون المتقدّمون المسئلة فى كلماتهم

قوله طاب ثراه نعم ذكره الشيخ فى خيار المشترى (- اه-)

لمّا قيّد الشّهرة بكونها بين المتأخرين أشار بهذه العبارة إلى وجود التّصريح به فى نظير المقام من الشيخ (- ره-) من بين القدماء

قوله طاب ثراه و الظاهر اتّحاد هذا الخيار مع خيار الغبن كما يظهر من (- مع صد-) (- إلخ-)

قال العلّامة (- ره-) فى الفرع الأوّل من فروع احكام الخيار ما لفظه لا يبطل الخيار بتلف العين فان كان مثليّا طالب صاحبه بمثله و الّا القيمة انتهى و قال المحقّق الثانى (- ره-) فى شرحه بعد كلام له ما لفظه و فى بقاء خيار الغبن بعد التّلف تردّد سواء كان التّلف من البائع أم من أجنبىّ أم بافة الّا ان يكون التّلف بالآفة قبل القبض فإنّه من ضمان البائع و على إطلاق كلامهم ينبغى ان يكون بعد القبض (- كك-) لاختصاص الخيار بالمشترى فينفسخ العقد فى الموضعين الّا ان التردّد فى كلامه السّابق فى فروع المرابحة فى ثبوت الخيار للمشترى المكذوب فى الأخبار برأس المال ينافى الحكم بانفساخ العقد انتهى المهمّ ممّا فى (- مع صد-) وجه الاستشهاد انّه لو لا اتّحاد الخيار المذكور مع خيار الغبن لم يكن للتّنافى وجه من جهة تغاير موضوعى الحكمين

قوله طاب ثراه لانّ الخيار غير مشروط (- اه-)

و بعبارة أخرى مجرّد عدم الاسترداد لا يسقط الحقّ و الا لم يبق لاسترداد المثل أو القيمة وجه

قوله طاب ثراه بل المتيقّن منه جواز ردّ العين (- اه-)

فيه انّ حديث نفى الضّرر ليس دليلا لبيا كى يؤخذ منه بالقدر المتيقّن بل لازم التمسّك به لإثبات الخيار ثبوته حيث كان الضّرر موجودا و الفرض هنا عدم ارتفاعه و ما توهّمه (- قدّه-) من التّعارض بين ضرر المغبون و ضرر الغابن مدفوع بمنع كون قبول البدل

ضررا كما ستسمع من الشهيد (- ره-)

قوله طاب ثراه و لكن اعترض عليهم شيخنا الشهيد (- قدّه-) (- اه-)

أشار بذلك إلى قول أخر فى المسئلة فانّ فى المسئلة قولين اخرين أحدهما عدم السّقوط لكن لا مع استرداد العين بل مع استرداد المثل إن كان مثليّا و القيمة إن كان قيميّا و هو الذى مال اليه الشّهيد (- ره-) فى اللّمعة حيث قال بعد الحكم بما هو المشهور من سقوط الخيار بخروج المغبون فيه عن ملكه من انتقل اليه ما لفظه و فيه نظر للضرر مع الجهل فيمكن الفسخ و إلزامه بالقيمة أو المثل و كذا لو تلفت العين أو استولدت الأمة انتهى و حجّة ما حكاه الماتن (- ره-) بهذه العبارة ثانيهما عدم السّقوط مع استرداد العين حتّى مع وجود المانع من الردّ احتمله المحقّق الأردبيلى (- ره-) فى مجمع الفائدة و غيره فى غيره و حجّته انّ الخيار كان ثابتا قبل النّقل فيستصحب و حقّ المغبون سابق على حقّ من انتقل اليه بعد ذلك و السّابق رتبة يقدّم فيكون له بعد الفسخ استرداد العين و أقول امّا على القول بتوقّف انتقال الملك على انقضاء الخيار فقد يتراءى تماميّة هذا الوجه نظرا إلى انّ البيع و العتق و الوقف و الاستيلاد و أمثال ذلك فروع الملك و ما لم يرتفع الخيار لم يملك المتصرّف فتصرّفاته بالبيع و العتق و نحو ذلك لغو فاذا فسخ عاد المال إلى مالكه الأوّل و امّا على القول بالانتقال بمجرّد الصّيغة فلا وجه للاحتمال المذكور لانّه قد باع ما يملكه و أعتق ما يملكه و وقف ما يملكه و استولد مملوكته فلا معنى لعود مال المشترى إلى البائع و الحر رقّا و الوقف طلقا و أمّ الولد مملوكة بل قد يقال انّ لازم القول بتوقّف الانتقال على انقضاء الخيار بطلان البيع و العتق و الوقف و حرمة الوطى من أوّل الأمر لا عروض الفساد باختيار المغبون الردّ مضافا إلى انّ القول بتوقّف الانتقال على انقضاء الخيار ساقط و من قال به انّما يقول بتوقّفه على انقضاء المجلس و الأيّام فى الحيوان و لا أظنّه يلتزم بالتوقّف على ارتفاع خيار الغبن (- أيضا-) فتأمّل كى يظهر لك صراحة أقوال أرباب هذا القول فى إرادتهم بالخيار المتوقّف عليه حصول الملك خيار المجلس

قوله طاب ثراه و الإنصاف انّ هذا حسن (- اه-)

المشار اليه هو مختار الشّهيد (- ره-) و حسنه قد ظهر ممّا مرّ بناء على الاستناد فى أصل ثبوت الخيار إلى قاعدة الضرر و امّا من استند فى إثبات أصل خيار الغبن إلى الإجماع فيسوغ له نفى الخيار بالتصرّف المذكور نظرا إلى فقد الإجماع الّا ان يكون ممّن يقول بحجيّة استصحاب حكم الإجماع فإنّ عليه (- أيضا-) الحكم ببقاء الخيار بعد التصرّف المذكور و امّا على ما ذكرناه من المبنى إن تمّ اعنى كون المعاملة سفهيّة فالوجه ان يقال انّه بعد العلم بالحال ان ظهر صلاح جابر للغبن موجب لاندراج المعاملة فى المعاملات العقلائيّة صحّ العقد الأوّل و التصرّف اللّاحق و لم يكن له خيار و الّا فسد البيع الأوّل من أصله و فسد التصرّف اللّاحق بيعا كان أو عتقا أو وقفا أو استيلادا لوقوعها على ما لا يملك و لم ينتقل اليه كما لو ظهر المبيع أو المعتق بالفتح أو الموقوف أو المستولدة ملكا لغيره فتدبّر

قوله طاب ثراه فيقتصر على مورد الإجماع

فيه انّه لا وجه لدعوى الإجماع فى المقام بعد عدم سبق عنوان المسئلة فى كلمات الأوائل فلا وجه لقوله يقتصر على مورد الإجماع و لو كان أبدل لفظ الإجماع بالمتيقّن لسلم عن الإيراد

قوله طاب ثراه ففى جواز الردّ وجهان

(۱۱) قلت الأوجه الأوّل ضرورة أنّ دليلهم على المنع لم يكن الّا عدم إمكان الاستدراك و الفرض إمكانه هنا فيلزم الرد لعموم نفى الضّرر مضافا الى انّه اولى من التصرّف الجائز الّذى حكموا بالرد معه

قوله طاب ثراه و عدم الخيار هنا اولى

(۱۲) قلت بل الأولى ثبوت الخيار لإمكان الرد و مجرّد كون الإمكان هنا بسبب جديد و الفسخ برفع السّبب السّابق لا يصلح فارقا لعدم ابتناء الأحكام على الاعتبارات سيّما فى قبال عموم حديث نفى الضّرر كما لا يخفى

قوله طاب ثراه من انّ مورد الاستثناء (- اه-)

(۱۳) لا يخفى عليك انّ اللّازم هو الجرى على مقتضى الدّليل فاذا كان دليلهم عدم إمكان الاستدراك لزمهم الحكم

ص: ۸۱

بعدم سقوط الخيار بالتصرّف الغير الموجب لتعذّر الردّ و الاستدراك كما انّ لازمه عدم سقوط الخيار لو لم يعلم بالغبن الّا بعد انقضاء الإجارة

قوله طاب ثراه و فى لحوق الامتزاج (- مط-) أو فى الجملة بالخروج عن الملك وجوه

ثالثها عدم اللّحوق (- مط-) و حجّة اللّحوق ما أشار اليه و الوجه فى عدم اللحوق استصحاب الخيار و أراد باللحوق فى الجملة اللحوق عند الامتزاج المانع من الرد كالغير القابل للقسمة و عدم اللّحوق إذا كان الامتزاج على وجه لا يمنع من الردّ كالقابل للقسمة و هذا الوجه أقرب لدوران الأمر مدار إمكان الردّ و عدمه و ما هو قابل للقسمة يمكن ردّه بعد القسمة

قوله طاب ثراه و لو تغيّرت بالزيادة العينيّة أو الحكميّة أو من الجهتين فالأقوى الردّ فى الوسطى بناء على حصول الشركة فى غيرها المانعة عن ردّ العين فتأمل

قال والدى العلّامة أعلى اللّه تعالى مقامه انّه هكذا نقلت العبارة عن أصل النّسخ و من المعلوم انّ الزيادة الحكميّة هى الوسطى و مثالها قصارة الثوب و نحوها ممّا كان وصفا عارضا موجب للمرغوبيّة و زيادة القيمة و امّا الأمر بالتأمّل فهو إشارة إلى توهين الردّ فى الوسطى و ضعف بنائه على استثنائها من حصول الشّركة لما سيجىء فى كلامه من حكمه بالاشتراك فيها

قوله طاب ثراه فالظّاهر انّه لا وجه لسقوط خيار المغبون به (- اه-)

لأصالة بقاء الخيار بعد عدم الدّليل على سقوطه فانّ ضرر المغبون لا يسقط بتصرّف من لا ضرر له عليه

قوله طاب ثراه من وقوع العقد (- اه-)

فيه التناقض ما لا يخفى لانّ العقد ان وقع فى ملك الغابن فاللّازم لزومه و عدم تسلّط احد على فسخه و ان وقع فى ملك غيره فاللازم هو البطلان من رأس فسخ المغبون أم لا

قوله طاب ثراه و مقتضى فسخ البيع الأوّل تلقّى الملك من الغابن

قال والدى (- قدّه-) انّ ظاهر هذا الكلام هو انّ مجرّد فسخ البيع يوجب انفساخ البيع الثّانى من أصله فيتلقى المغبون المبيع من الغابن لا انّ للمغبون فسخ البيع الثّانى بعد فسخ البيع الأوّل لكنّ هذا غير ملائم للفظ التسلّط الّذى أخذه فى عنوان الوجوه المذكورة فى كلامه الّا ان يقال انّه لمّا كان مقتضى فسخ البيع تلقّى الملك من الغابن كان للمغبون التسلّط على فسخ البيع الثانى من باب المقدّمة لتلقّيه الملك من الغابن لكن لا يخفى ما فيه من البعد

قوله طاب ثراه امّا لانّ التصرف فى زمان خيار الغير المتصرّف صحيح لازم (- اه-)

اللّام فى كلمة الغير زائدة و اللّازم اضافة كلمة غير إلى المتصرّف ثمّ انّ ما فى العبارة صغرى و الكبرى مطويّة لوضوحها و هى انّ المتصرّف هنا هو المغبون الّذى له الخيار و التصرّف الواقع انّما هو من المغبون كما هو المفروض فى المقام

قوله طاب ثراه لانّ معنى جوازه تسلّط احد المتعاقدين على فسخه

ظاهر كلامه اجراء الوجوه الثّلثة المتقدّمة هنا (- أيضا-) و جريان الوجهين الأوّلين ظاهر و إن كان أظهرهما الثانى و امّا الثّالث فقد استند فى إجرائه الى ما فى العبارة من العلّة و يمكن المناقشة فى ذلك بانّ تسلّط الغابن على الفسخ كاف فى المطلوب لأنّه إذا فسخ المغبون استحقّ مطالبة الغابن بماله فاذا طالبه لزم الغابن الفسخ و ليس العقد لازما كى يتسبّب لعجز الغابن عن الفسخ و ردّ العين و الانتقال إلى البدل

قوله طاب ثراه و يمكن النظر فيه بانّ فسخ المغبون (- اه-)

قال والدى (- قدّه-) فى توضيح العبارة انّه أراد أنّه إن كان مراده انّه إذا فسخ المغبون البيع الواقع بينه و بين الغابن دخل العين الّتى بذلها المغبون للغابن و انتقل من الغابن إلى غيره ببيع الخيار مثلا فى ملك الغابن فعلى هذا يتّجه عليه انّه لا يبقى حاجة إلى فسخ البيع

الّذى وقع من الغابن على العين الّتى أخذها من المغبون حتى يتكلّم فى الفاسخ و يقال انّه يلزم الغابن بفسخ ذلك ذلك البيع فان امتنع فسخه الحاكم و ان امتنع فسخه المغبون و إن كان مراده انّه إذا فسخ المغبون البيع المذكور دخل بدل العين الموصوفة فى ملكه فعلى هذا يرد عليه انّه إذا كان ما استحقّه بالفسخ هو بدل العين الّتى بذلها فكيف يعدل عنه إلى غيره و هو نفس العين هذا كلامه علا مقامه و أقول يمكن الجواب عن تنظر الماتن (- ره-) بأنّه لم يدخل بفسخ المغبون فى ملكه العين و لا بد لها بل الثّابت له بالفسخ استحقاق مطالبة الغابن بالعين فلا محذور و انتقال ما بيد الغابن إلى ملكه انتقالا متزلزلا لا يمنع من ذلك و انما المانع الانتقال و الدّخول اللازم و لم يحصل كما هو الفرض

قوله طاب ثراه لو اتفق عود الملك اليه لفسخ فإن كان ذلك قبل فسخ المغبون (- اه-)

لى فى هذا التفصيل نظر لان تملّك البدل انّما كان لمانع عن ردّ العين فاذا عاد الأصل ارتفع المانع و لم يكن لإلزام ذى المال بقبول بدله وجه و لم يقع تملّك البدل منه قبل العود على وجه لازم حتّى لا يسوغ له بعد إمكان ردّ العين المطالبة بها و هل ترى من نفسك الحكم بعدم استحقاق ذى مال أخذ بدل ماله لظنّ تلف الأصل ان يطالب بالأصل بعد ظهور بقائه حاشا و كلّا

قوله طاب ثراه و لو كان العود بعقد جديد فالأقوى عدم وجوب الرد (- مط-) (- اه-)

فيه ما فى سابقة من انّ الانتقال إلى البدل انّما هو لعدم إمكان الأصل فإذا عاد الإمكان عاد الاستحقاق و كون العود بعقد جديد أو بغيره غير فارق (- فت-)

قوله طاب ثراه و فيه نظر لمنع تزلزل ملك المنفعة

(۱۱) يمكن المناقشة فيه بدعوى انّ ملك منفعة الملك المتزلزل لا بدّ و ان يكون متزلزلا و الّا للزم مزيّة الفرع على الأصل فتأمّل

قوله طاب ثراه و سيجىء ما يمكن ان يكون فارقا بين المقامين

(۱۲) قال والدى العلّامة أعلى اللّه مقامه الظّاهر ان هذا دفع لما استدركه تأييدا للفاضل القمى (- ره-) و ان مراده بما يمكن ان يكون فارقا هو ما يحكيه عن (- لف-) من انّ الفائت لما حدث فى محلّ معروض للزّوال لم يجب تداركه و غرضه بيان انّ ملك منفعة الملك المتزلزل و ان لم يكن متزلزلا و لذا لم يحكم العلّامة (- ره-) بانفساخ الإجارة بعد التفاسخ فى البيع الّا انّ جهة الفرق بين التفاسخ و بين الفسخ بالخيار من حيث انّه ثبت فى الأوّل أجرة المثل و لم يثبت فى الثانى شىء هو انّ الإجارة المستتبعة للمنفعة الفائتة من المالك عند المستأجر بعد الفسخ حدث فى محلّ معرض للزّوال لثبوت الخيار و لذلك لم يجب تدارك تلك المنفعة الفائتة و هذا بخلاف الإجارة المستتبعة للمنفعة الفائتة من المالك عند المستأجر بعد التفاسخ فإنّها لم تحدث فى محلّ معروض للزّوال لانّ التّفاسخ أمر طار قد اتّفقا عليه من دون سبق سبب الخيار و لهذا وجب تداركها بأجرة المثل

قوله طاب ثراه فالظّاهر ثبوت الشركة فيه (- اه-)

(۱۳) و ذلك لانّ عمل المسلم محترم لا يضيع إلّا إذا وقع عدوانا و ظلما و الفرض هنا صدوره منه فى حال سلطنة على ما فى يده شرعا قوله

طاب ثراه فالظاهر عدم شىء لمحدثها

(۱۴) خالف فى ذلك ثانى الشهيدين فى (- الروضة-) حيث حكم فى الفرق بأن للمشترى أجرة عمله و فيه نظر ظاهر ضرورة انّ العمل انّما يوجر عليه إذا استوجر الشخص لذلك إذا كان له أثر فى زيادة قيمة المال و لا شىء منهما موجودا هنا و الأصل البراءة من الأجرة

قوله طاب ثراه كما عليه المشهور فيما إذا رجع بائع الأرض المغروسة بعد تفليس المشترى

(۱۵) أشار بذلك إلى ما ذكره المشهور فيما إذا باع أرضا فغرسها المشترى ثمَّ حكم الحاكم بتفليسه فإنّهم ذكروا أن لبائع الأرض الرّجوع

ص: ۸۲

بعد تفليسه إلى رقبة أرضه كما هو الشّأن فى كلّ من وجد عين ماله فى أموال المفلّس و قد حكم الأكثر بأنّ البائع بعد رجوعه إلى أرضه لا يستحقّ قلع الغرس مطلقا لا بالأرش و لا بدونه فيصير الحال فيما غبن فيه مثله هناك

قوله طاب ثراه و من انّ الغرس المنصوب الّذى هو مال (- اه-)

لا يخفى عليك انّه ان تمَّ هذا فإنّما يصحّ وجها لعدم جواز القلع بلا أرش و لا يدفع القلع مع الأرش الّذى هو جزء المدّعى

قوله طاب ثراه مضافا إلى مفهوم قوله عليه السّلام ليس لعرق ظالم حق (- اه-)

قيل معناه ان يجىء الرّجل إلى الأرض قد أحياها رجل قبله فيغرس فيها غرسا غصبا ليستوجب به الأرض و الرّواية لعرق بالتنوين و هو على حذف مضاف أى لذى عرق ظالم فجعل العرق نفسه ظالما و الحقّ لصاحبه أو يكون الظالم من صفة صاحب العرق و روى عرق بالإضافة فيكون الظالم صاحب العرق و الحق العرق و هو احد عروق الشجر انتهى و قال الشيخ الوالد (- قدّه-) بعد نقله انّ إثبات الحقّ للعرق على الرّوايتين اسلس و أبلغ من الإضمار الّذى هو مع ردائته غير محتاج اليه و أقول انّ التمسّك بالرّواية محلّ تأمّل إذ فيه بعد الغضّ عن السّند انّها من مفهوم اللقب الضّعيف فلا يثبت المطلوب مع انّه على فرض الحجية إنّما يفيد ثبوت حقّ فى الجملة لعرق غير ظالم و هو كما يتمّ باستحقاق الإبقاء فكذا يتمّ بالقلع بأرش فلا ينفى (- ح-) الوجه الآتى مع انه على فرض الغضّ عن جميع ذلك فعموم تسلّط النّاس على أموالهم يقتضى تسلّط صاحب الأرض على مطالبة صاحب الغرس بتخلية أرضه غاية ما هناك انّ ثبوت الحق تقتضى دفعه الأرش

قوله طاب ثراه فعليه أرش طمّ الحفر (- اه-)

الظّاهر انّ المراد بأرش طمّ الحفر الأجرة الّتى يأخذها الطامّ على عمله لا النّقص الحاصل فى الأرض بواسطة الحفر و طمّها لو فرض وقوعه و إن كان حكمه على فرض وقوعه هو ضمان مالك الغرس إيّاه نبّه على ذلك والدى العلّامة قدّس اللّه تربته الزكيّة و استشهد لذلك بأنّه لو كان المراد هو النّقص الحاصل فى الأرض بواسطة الحفر كان اللّازم اضافة الأرش إلى الحفر دون الطمّ

قوله طاب ثراه ثمَّ إذا جاز القلع فهل يجوز للمغبون مباشرة القلع أم لا (- اه-)

الأظهر عدم جواز مباشرة المغبون للقلع لانّه تصرّف فى ملك الغير بغير رضاه مع عدم كونه غاصبا كى يجوز مباشرة دفعه بل غاية ما ثبت انّ له مطالبة المالك بالقلع فان امتنع كان غاصبا و جاز للمغبون الفاسخ دفعه بمباشرة القلع و الأولى مع ذلك أيضا مراجعة الحاكم ليجبره على القلع

قوله طاب ثراه فتأمّل

وجهه على ما افاده الشيخ الوالد العلّامة أعلى اللّه مقامه انّ طول مدّة البقاء لا مدخل له فانّ كلّا من اجرة بقاء الزّرع و اجرة بقاء الشجر إن كان على وجه يرفع الضّرر عن مالك الأرض ارتفع المانع عن تعيّن بقائه بالأجرة فيها و إن كان على وجه لا يرفع الضّرر لم يكن فرق بينهما فى عدم جواز إبقائه على الأرض بالأجرة نعم قد يتّفق فى بعض الموارد انّ بقاء الشجر تلك المدة المديدة يمنع من بعض التصرّفات المقصودة كما لو كانت تلك الأرض قابلة لبناء الدّار أو الخان مثلا فيها لو لم تكن مشغولة بتلك الأشجار و كان بقاؤها فيها مانعا و مفوتا لذلك الغرض فإنّه يصير طول مدّة البقاء (- ح-) مورثا للضّرر خصوصا إذا كانت الأجرة قليلة و منفعة بناء الدار و الخان عظيمة الّا ان طول مدّة البقاء لم يصر هو السّبب و انّما أورث ما هو سبب و الأمر سهل لكن يبقى انّ مجرّد الاتفاق فى بعض الأحيان لا يصحح إطلاق القول بالفرق بين الزّرع و الشجر لتعيّن الإبقاء بالأجرة فى الأوّل دون الثّانى لأنّه مع عدم اطّراد كون طول البقاء فى الشجر موجبا للضّرر يتّجه عليه انّه قد يتّفق مثل ما ذكر من الضّرر بالنّسبة إلى زرع الأرض بأن كان مقصوده بناء دار أو خان فى زمان لو فات لم يتيسّر له مثل ذلك فتحصل من ذلك انّه كان اللّازم (- ح-) التّفصيل بين ما لو كان بقاء كلّ من الزرع و الشجر مورثا للضّرر و بين ما لو لم يكن بقاؤه مورثا للضرر بتعيّن البقاء بالأجرة فى الثانى دون الأوّل إلى هنا كلامه رفع فى الخلد اعلامه و ما

ذكره وجها للتأمّل و ان كان سديد الّا انّ ما مال اليه و جزم به أخيرا من تعيّن البقاء بالأجرة إذا لم يكن مورثا للضّرر ينافى أدلّة تسلّط النّاس على أموالهم و قاعدة الضّرر إنّما تجرى إذا كان فعل الشخص للإضرار بالغير بحيث لا يكون غاية فعله إلّا الإضرار بالغير لا ما إذا تصرّف فى ملكه لداع عقلائىّ و تضرّر به الغير مع انّ الغابن بزرعه و غرسه فى الأرض الّتى يعلم بتزلزل ملكه لها مقدّم على الضّرر فالأظهر فى النّظر القاصر تخير مالك الأرض فى كلّ من الغرس و الزّرع بين الرّضا بالبقاء بأجرة أو لا بها و بين المطالبة بتخلية الأرض من غير فرق فى الحالين بين إيراث البقاء ضررا على صاحب الأرض و بين عدمه و لا بين إيراث القلع ضررا على صاحب الغرس و الزرع و عدمه و اللّه العالم

قوله طاب ثراه و لا يجوز تصرّفه فى مال غيره الّا بإذنه (- اه-)

هنا مقدمة طوى ذكرها لوضوحها و هى انّ القلع تصرّف من الغارس فى أرض المغبون الفاسخ لاستلزامه نقصها

قوله طاب ثراه اقويهما الثّانى

الوجه فى قوّته ما أشار اليه و أوضحناه فى الحاشية السّابقة من انّ قاعدة السّلطنة محكمة ما لم يكن غاية فعل المتصرّف الإضرار بالغير و لا إضرار هنا فتدبّر

قوله طاب ثراه فهو فى حكم التّالف يرجع إلى قيمته (- اه-)

المراد بالقيمة إن كان قيمة ماء الورد اتّجه عليه ان إثبات القيمة مطلقا ممّا لا وجه له بل اللّازم إثبات المثل إن كان مثليا و القيمة إن كان قيميّا كما هو مقتضى كونه بحكم التّالف ثمّ انّ جعل الامتزاج مطلقا بحكم التّلف محلّ تأمّل و انّما هو فيما إذا لم يكن للممتزج قيمة و امّا إذا كان الماء الورد الممتزج بالزّيت قيمة فلا وجه للرجوع الى البدل بل يكون شريكا مع الغابن فى القيمة فيباع الممتزج و يقسم عليهما بالنّسبة و ذلك لوجود عين مال المغبون فلا وجه للعدول إلى البدل غاية ما هناك انّه قد فات وصف متاعه بسبب الامتزاج فيثبت على الغابن التّفاوت إن كان المزج المذكور منقصا لقيمة العين فالحقّ أنّ التّفرقة بين امتزاج ماء الورد بالزّيت و بين امتزاج الخلّ بالانجبين مما لا وجه له الا النظر إلى الغالب

قوله طاب ثراه ففى كونه شريكا (- اه-)

الظّاهر انّ المراد بالشركة هى الشركة فى القيمة بمعنى صيرورة المقدار الّذى يخصّه على حسب نصيبه من الممتزج له فلو كان ماء ورده منّا يسوى درهما و زيت صاحبه؟؟؟ يسوى درهمين بيع الممتزج و صار لصاحب ماء الورد ثلث الثمن و لصاحب الزّيت ثلثاه و هل له الشّركة فى العين بان يطالب فى الفرض ثلث الممتزج عينا أم لا وجهان من انّ موضوع الشّركة القهريّة انّما هو امتزاج المتماثلين و لا دليل على انتقال ذيت شخص إلى أخر و ماء ورد الأخر إلى الأوّل و من انّ الشّركة فى المتماثلين ليست من باب التعبّد بل من باب حكم العقل بعد عدم إمكان التفريق بالشركة قهرا و هذا العنوان موجود فى الفرض لكن الإنصاف عدم صحّة الشّركة لأنّ العقل انّما يحكم بالشركة فى العين مع التّماثل و امّا مع التخالف فلا يحكم بالشّركة فى العين لعدم المقتضى لانتقال زيت أحدهما إلى الأخر و ماء ورد الأخر إليه فى قباله غاية ما هناك انّه لعدم إمكان التميز و التّشخيص يحكم العقل بالشّركة فى القيمة لانحصار طريق إيصال حقّ كلّ أحد إليه فى البيع و قسمة الثمن بالنّسبة نعم الامتزاج لا يزيل ملك صاحب الخلّ عن الخلّ و صاحب

ص: ۸۳

الأنجبين عن الأنجبين بل كلّ منهما مالك للاجزاء الّتى له فى الممتزج لكن ذلك ليس من الشّركة فى العين لانّ معناها ملك كلّ منهما لمقدار من المال المشترك بحيث يكون له سلطان على أخذ العين و ذلك هنا غير معقول و ان شئت توضيح المقال نقول انّ الشركة تتصوّر على وجوه أحدها صيرورة مقدار ما يوافق وزن الممتزج للمغبون فلو كان خله منا ملك منا من الخلّ الممتزج بالأنجبين و هذا هو الّذى قلنا انّه لا وجه له لعدم الدّليل على انتقال الخلّ إلى صاحب الأنجبين و انتقال الأنجبين إلى صاحب الخلّ ثانيها كون الأجزاء الخلّيّة لصاحب الخلّ و الأجزاء الأنجبينيّة لصاحب الأنجبين فيبيعان السّكنجبين و يلحظ ما لكلّ من الخلّ و الأنجبين من القيمة بالنّسبة ثالثها صيرورة ما يقابل قيمة الخلّ من الممتزج للمغبون فاذا كان خله منّا يسوى درهما و السّكنجبين كلّ من منّه بدرهمين كان له نصف منّ يفعل به ما يشاء من بيع و هبة و نحو ذلك و هذا (- أيضا-) بعيد لانّ انتقال جزء من خلّه إلى صاحبه و انتقال جزء من انجبين صاحبه اليه بلا سبب ممّا لا وجه له فتبيّن انّ الشركة بالمعنى الوسط هو الأوجه بقى هنا شىء ينبغى التنبيه عليه و هو انّه لو أوجب المزج المذكور نقصا فى قيمة الممتزجين أو فى قيمة مال المغبون خاصّة فعلى المختار من كون مبدء خيار الغبن من حين العقد يمكن القول بضمان الغابن للنّقص الحاصل فى مال المغبون لانّ تصرّفه و ان وقع فى ملكه الّا انّ الملك متزلزل فيلزم ضمانه لما لزم منه من نقص القيمة (- فت-)

قوله طاب ثراه و من تغيّر حقيقته (- اه-)

هذا تعليل لكونه كالمعدوم لكن لا يخفى عليك عدم تماميّته أمّا أوّلا فلمنع تغيّر الحقيقة بل هو من تغيّر الصّفة و امّا ثانيا فلمنع إيجاب تغيّر الحقيقة (- مط-) ارتفاع الخيار بل إذا لم يكن الممتزج حقيقة ثالثة ذات قيمة مؤدّية إلى الاشتراك و امّا إذا كان (- كك-) فالحق هو الاشتراك مع ان تغيّر الحقيقة لو كان مخرجا للعين عن ملك مالكه للزم خروج الأنجبين (- أيضا-) عن ملك صاحبه الّا ان يفرّق بأنّ إخراج العين عن حقيقته انّما يوجب الخروج عن الملك إذا كان المغيّر هو الأجنبىّ ليثبت عليه البدل و امّا إذا غيّر مال نفسه فلا يعقل ثبوت البدل عليه فى مال نفسه فلا يتمّ النّقض ثمّ انّ الشيخ الوالد أنار اللّه برهانه قال انّ مقتضى ما ذكره (- المصنف-) (- ره-) هنا مناف لما ذكره فى المستهلك عرفا كماء الورد الممتزج بالزّيت لانّه حكم هناك بأنّه يرجع الى قيمته و معلوم انّ الرّجوع إلى القيمة انّما يتمّ مع الفسخ فيكون لازمه انّ للمغبون ان يفسخ البيع فى تلك الصّورة و قد حكم هاهنا بانّ التّلف رافع للخيار ثمّ قال (- قدّه-) الّا ان يوجّه هذا الكلام بانّ التّلف رافع للخيار من العين فلا ينافى الرّجوع إلى القيمة انتهى كلامه رفع فى الخلد اعلامه و لعمرى انّ حمل كلام الماتن (- ره-) على ما وجّهه (- قدّه-) به لازم ضرورة عدم تعقّل سقوط الخيار من رأس و الّا للزم سقوطه فى جميع موارد الانتقال إلى القيمة و ذلك ممّا لا دليل عليه و لا يلتزم به احد و لا يتوهم انّ الفسخ عبارة عن حلّ العقد و ردّ كل من العوضين إلى صاحبه الأوّل فإذا كان الثّمن تالفا فلا موضوع للحلّ لأنّا نقول انّ المحلول انّما هو العقد و هو لم يزل و تلف الثمن لا يقدح للانتقال إلى بدله من المثل أو القيمة

قوله طاب ثراه و فى استحقاقه لأرش النّقص أو تفاوت الرداءة من الجنس الممتزج أو من ثمنه وجوه (- اه-)

الفرق بين أرش النّقص و تفاوت الرّداءة انّ النّقص هنا عبارة عن نقصان مقدار حصّة المغبون من العين المركّبة من الجيّد و الردى فيلاحظ قيمة تلك الحصّة المركّبة من الجيّد و الردى مقيسة إلى الجيّد الخالص المساوى لها فى المقدار و تفاوت الرداءة عبارة عن التّفاوت الحاصل بين نفس الردى و الجيّد كما نبّه على ذلك والدى الشيخ العلّامة أعلى اللّه فى الروضات مقامه ثمّ قال أو الظاهر ان أرش النّقص أقل من تفاوت الرداءة دائما أو غالبا ثمّ قال و الوجوه الحاصلة من عبارة (- المص-) (- ره-) هنا أربعة حاصلة من ملاحظة كلّ من الاثنين الأخيرين مع الاثنين الأولين انتهى كلامه رفع فى الخلد اعلامه و أقول منشأ استحقاقه شيئا انّ عين ماله موجودة لكنّها نقصت بالمزج فعلى المازج ان يدفع ضرر النّقص و امّا الوجوه الأربعة فى كيفيّة الجبران فمنشأ الأوّل منها انّ النقص لمّا حصل بالمزج بالمجانس الردىّ كان اللّازم بعد كون الحنطة مثليّة الجبر بالمثل و ذلك يكون بإعطاء أرش النّقص من عين الجنس الممتزج

فلو كان الجيّد منّا يسوى درهمين و الردىّ منّا يسوى درهما و مزجا و كان الممزوج يسوى كلّ من منّه بدرهم و نصف كان لصاحب الجيّد منّ و ثلث منّ من الممتزج و منشأ الثّانى انّه حيث امتزج الجنسان اشترك صاحباهما و لا يعلم مقدار النّقص فى الجيّد بسبب الخلط الّا بان يباع الجميع و يقسم و يدفع مقدار أرش النّقص من الثمن لانّ انتقال عين الممتزج اليه ممّا لا وجه له و منشأ الوجه الثالث انّ مقدارا من الجيّد موجود فى حصّة المغبون من الممزوج فليس على الغابن الّا دفع مقدار ردائه الردى فإذا قبض المغبون فى المثال المزبور منا كان نصف منّ منه جيّد أو نصف منّ رديّا فعلى الغابن جبران ردائه النّصف فيعطى من الحنطة بمقدار جبر الرّداءة و منشأ الوجه الرابع هو منشأ الثالث بزيادة انّه لا وجه للجبر من العين بل يلزم البيع حتّى يتبيّن مقدار الرّداءة و يجبر ذلك المقدار و هنا وجه خامس و هو استحقاقه أرش النّقصان من مال الغابن لا ـ من خصوص الجنس الممتزج و لا ـ من خصوص ثمنه لانّه فعلا ناقص بفعل الغابن و لا خصوصيّة للجنس الممتزج و لا ثمنه و الأصل برأيه ذمّة الغابن من دفع الأرش من خصوص الجنس الممتزج أو خصوص ثمنه فتأمّل هذا كلّه إذا كان المراد بثمن الجنس الممتزج هو الثمن فى بيع متأخّر عن الفسخ و امّا حمل الثمن على الثمن فى المعاملة كما صدر من بعضهم فاشتباه فانّ الثمن ليس الّا ما تصرّف فيه الغابن و قد فرض انّه عروض ممزوج بمثله و قد ردّه إلى المغبون و انّما الكلام فيما يجبر به نقصه فلا تذهل

قوله طاب ثراه احتمل الشركة (- اه-)

هناك احتمالان اخران أحدهما سقوط الخيار لكون ذلك كالتّلف و التّلف مسقط للخيار و فيه منع كونه كالتّلف أوّلا و منع كون التّلف (- مط-) مسقطا للخيار ثانيا ثانيهما الرجوع إلى الصّلح نفى فى (- لك-) خلوّه عن قوّة لبقاء ماله و أصالة بقاء خياره و هناك وجه خامس أجود ممّا سبق و هو ان يعطى نصف الممتزج و يؤخذ منه بمقدار ما عرضه من الجودة أمّا إعطاء النّصف فلأنّه وزن متاعه و امّا أخذ التفاوت منه فلعدم الدّليل على استحقاقه التفاوت من غير عوض و لعلّ الوجوه المزبورة فى الممزوج بالأردى نية هنا حرفا بحرف فتزداد وجوه المسئلة فتأمّل

قوله طاب ثراه و ردّه الشيخ (- ره-) فى مسئلة رجوع البائع على المفلس بعين ماله بأنّه يستلزم الربا

وجه استلزامه الرّبا هو انّ الحصّتين إذا كانتا متساويتين لزم فى مفروض (- المص-) (- ره-) مثلا معاوضة ما يساوى نصف المجموع بما يساوى ثلثه

[بقى الكلام فى حكم تلف العوضين و تصرف الغابن فيما وصل إليه]

قوله طاب ثراه فمقتضى ما تقدّم من (- كرة-) فى الإخراج (- اه-)

قد مرّ ذلك فى صدر البحث الرّابع من المسقطات اعنى تصرّف المشترى المغبون ببيع و نحوه و قوله من تعليل بيان لقوله ما تقدّم و التعليل هو ما أشار إليه من عدم إمكان استدراك العين بعد الخروج عن الملك

قوله طاب ثراه لكنّك قد عرفت الكلام فى مورد التعليل (- اه-)

أشار بذلك إلى قوله بعد نقل

ص: ۸۴

تعليل (- كرة-) هناك و هو بظاهره مشكل لانّ الخيار غير مشروط عندهم بإمكان ردّ العين (- اه-)

قوله طاب ثراه فاذا فسخ عزم قيمة يوم التّلف أو يوم الفسخ

أقول منشأ القول الأول انّه لمّا كان الفسخ حلّا للعقد كان اللّازم فى البيع المتزلزل بقاء العوضين و لو ببدلهما و لازم ذلك ثبوت البدل من حين التّلف فاذا فسخ أخذ قيمة يوم التّلف لانّه يوم الانتقال إلى القيمة و منشأ الثانى منع اعتبار بقاء العوضين أو بدلهما إلى زمان الفسخ لعدم الدّليل عليه و لا معنى لثبوت البدل على التلف فى حال كون الأصل و انّما ثبوت البدل عليه حال الفسخ فيلزم ان يكون الثّابت قيمة يوم الفسخ و هناك وجه ثالث و هو ثبوت قيمة يوم الدّفع نظرا إلى منع ثبوت البدل حال الفسخ و انّما الثّابت حال الفسخ هى العين و انّما ينتقل إلى البدل حال الدّفع فيلزم ان تثبت قيمة يوم الدّفع و لو سلّمنا كون الانتقال إلى البدل حال الفسخ نقول انّ الأصل فى البدل هو المثل و الانتقال إلى القيمة انما هو للعجز عن العين و لذا لو تمكّن من المثل فى الأثناء كلّف به لأنّه أقرب إلى العين فحيث لم يزل عاجزا من العين و المثل إلى حين الدّفع كان الانتقال إلى القيمة فى ذلك الزمان فالأظهر ثبوت قيمة يوم الدّفع و حيث انّ بعض حضّار مجلس البحث أشكل عليه المطلب رأيت انّ أوضح المقال فى ما يثبت فى الذّمة و ذلك انّه ادّعى استحالة ثبوت العين التّالفة فى الذّمة زعما منه كون المراد من ثبوت العين ثبوت نفس العين المعدومة و هو خطأ لأنّ المراد بالثبوت فى الذّمة ليس هو صيرورة الشيء كالحلقة فى عنق الإنسان بل المراد به انّ الخطاب بالخروج عن عهدة العين بأداء بدله يتوجّه إلى المكلّف من حين التلف لكن لمّا كان للبدل مصاديق ففى المثلى هو مثل حال إمكانه و القيمة حال تعذّر المثل و المراد كلّى المثل و القيمة بحيث لا يكون شخصيّا إلّا بالأداء و لذا انّه لو كان المثل واحدا كان هو المصداق و لو تعدّدت بعد ذلك كان كلّ منهما يتخيّر بينهما الدّافع و لو كان المثل هو العين لم يكن لعروض التخيير وجه و لو تعذّر بعد ذلك المثل كان مصداق البدل هو القيمة و لو دعا إمكان المثل دعا المثل مصداقا و مصداقا هكذا و لو كان المثل حين تلف المثلى متعذّرا كان المصداق للبدل هى القيمة و لو أمكن المثل بعد ذلك عاد المثل مصداقا و هكذا و كلّ ذلك يكشف عن انّ الثابت هو الخروج عن كلّى العهدة و على هذا فالثابت فى القيمى كلّى القيمة و لازم ذلك كون المدار فى المتلفات على قيمة يوم الأداء دون يوم التّلف على انّ اعتبار يوم التّلف هنا غلط لانّه لا استحقاق يوم التّلف حتّى يكون المدار على قيمته و انّما يحدث الاستحقاق حين الفسخ فتدبّر جيّدا لتفهم لبّ المطلب

قوله طاب ثراه و رجع الغابن إلى المتلف (- اه-)

قد يناقش فى ذلك بانّ المتلف إنّما أتلف المال فى حال كونه للمغبون فلم يتلف مال الغابن حتى يكون له الرّجوع اليه و ليس الانتقال إلى البدل و أنت خبير بانّ هذه المناقشة انّما تتمّ بناء على ثبوت البدل فى ذمّة المتلف حين الإتلاف و امّا على ما هو الأظهر من ثبوت العين فى ذمّته و عدم انتقاله إلى البدل الّا حين الاستيفاء فلا وجه لها لانّ الثّابت فى ذمّة المغوون هى العين كما انّها هى الثابت فى ذمة المتلف فللمغبون احالة الغابن بالعين على المتلف لأنّه أيضا يضمن العين بالفرض بل للغابن الرّجوع إلى المتلف من دون احالة المغبون و ذلك لانّه بعد الفسخ قد وجد الغابن ما ملكه بالفسخ فى ذمّة المتلف كما لا يخفى

قوله طاب ثراه ردّ على الغابن القيمة يوم التّلف (- اه-)

الحقّ هنا (- أيضا-) ردّ قيمة يوم الدفع لما مرّ فى صورة التّلف بافة سماويّة

قوله طاب ثراه و ان فسخ أخذ الثمن (- اه-)

الوجه فى ذلك انّ الغابن حيث أتلف ما انتقل منه إلى المغبون فى حال كون ذلك مال المغبون ثبت للمغبون فى ذمّة الغابن على التحقيق عين المتلف بالفتح فاذا فسخ المغبون ثبت للغابن فى ذمته (- أيضا-) عين المنتقل اليه المتلف فتتهاتر عين بعين و يأخذ المغبون من الغابن الثمن و ربّما أورد بعضهم على الماتن (- ره-) بأنّه لا وجه لما ذكره و انّ التحقيق انّ الغابن يغرم للمغبون القيمة يوم التّلف و يغرم المغبون له قيمة يوم الفسخ قال و يظهر الثّمر فى تفاوت القيمتين انتهى و أنت خبير بما فيه ضرورة انّ الانتقال إلى

القیمـة انّمـا هو إذا لم یمکن الوفـاء بـالعین و الفرض هنـا إمکان الوفاء بتهاتر عین بعین فلا معنی لإثبات القیمـة حتی یثبت علی الغابن قیمـة یوم التلف و علی المغبون قیمـة یوم الفسـخ هذا مضافا إلی انّ رمی إثبات انّ له أخذ الثمن بأنّه لا وجه له ممّا لا معنی له ضـرورة انّ أخـذ الثمن ممّـا لا بـدّ منه علی کل تقـدیر لانّه عوض المبیع و لازم الفسـخ استرداده علی کلّ حال و انّما الکلام فی انّه هل یتهاتر عین بعین أو یلزم کلا منهما دفع قیمـة العین إلی الأخر و لیس فی عبارة الماتن (- ره-) تعرّض لذلک و انّما تعرّض لأخذ الثمن الّذی لا اشکال فیه علی کلّ حال فلا معنی لرمی عبارته بعدم الوجاهة

قوله طاب ثراه لانّه لو اشتری عینا بعین فقبض إحدیهما (- اه-)

لفظة قبض بصـیغة المجهول و الحکم ممّا صرّحوا به فی فروع القبض و نفی بعضهم معرفة الخلاف فیه و احتجّوا امّا علی الشق الأوّل و هو بطلان البیع الأوّل فبأنّ تلف المبیع قبل القبض من مـال بـایعه بمعنی انّ المبیع ینتقـل قبل التّلف آنا ما إلی ملک البائع فیتلف منه فـالتّلف مسـتلزم للانفسـاخ قبـل التّلف بـان و هو المطلوب و انّما یتمّ هـذا الوجه ان لو قلنا انّ حکم الثمن فی کون تلفه ممّن انتقل منه حکم المبیع و الّا لم یفـد الوجه المذکور الّا بطلان البیع الأوّل فی خصوص ما إذا کان التّالف هو المبیع کما لا یخفی و امّا علی الشـق الثـانی و هو عـدم بطلان البیع الثـانی ببطلان الأوّل فبان لازم ما ذکر من مبنی الوجه الأوّل انّما هو انفساخ البیع من حین التلف ای قبله بـان ما فیکون البیع الثانی مصادفا للملک ضـرورة انّ العین المبیعـة کانت ملکا خالصا للبائع و انّما طرء البطلان علی العقـد بعـد انتقال العین فلا یؤثر فیما سـبق من التصـرّفات بل یلزم البائع الثانی دفع المثل إن کانت العین مثلیّـة و القیمـة إن کانت قیمیّة کما لو تلفت و بالجملـة فلا سبیل إلی المعاوضـة اللّازمـة لمجرّد حدوث مبدل المعاوضة الأولی بالنّسـبة إلی الآن الواقع بعد المعاوضة الثّانیة فان الحقّ متعلّق بثالث فیجعل بمنزلة التّلف لانّ المانع الشرعی کالمانع العقلی و کما یقدّر رجوعه إلی ملک ناقله هناک فکذا هنا هذا ما ذکرناه فی شرح المسئلة فی مبحث القبض و ما نسبه (- المص-) (- ره-) إلی الجماعة فی تعیین قیمة یوم القبض ممّا لم نقف علیه و انّما وقع الخلاف بینهم هناک فی انّ المـدار علی قیمة یوم البیع أو یوم التلف ثمَّ انّ قولهم هناک بانّ المدار علی قیمة یوم التّلف انّما کان ینفع بعد ضمّ عدم الفرق بین المسـئلتین ان لو کان الحکم هناک لنصّ أو إجماع و لیس (- ککـ-) لفقد الدلیل المعتبر و انّما ذکروا ذلک هنـاک اسـتنادا إلی ان القیمـة حین البیع لم تکن لازمـة علی البـائع و انّما لزمت بتلف العین الأخری الموجب لبطلان البیع و هـذه العلّة عنـدی محلّ نظر من حیث انّ تلف العین لا توجب ثبوت القیمـة و انّما الثابت بالتّلف عهـدة العین و بدله غایة ما هناک انّ البدل حین التّلف هو

ص: ۸۵

قیمة ذلک الیوم فاذا لم یقبض البدل کان الثابت فی ذمّته (- أیضا-) کلّی البدل فالمدار علی یوم الدفع من المثل إن کان مثلیّا و وجد المثل و قیمة ذلک الیوم ان فقد المثل کما مرّ

قوله طاب ثراه و هذا ظاهر بل صریح فی انّ العبرة بقیمة یوم الانفساخ دون التلف

الوجه فی ذلک هو انّ التالف انّما هو غیر المقبوض المبیع ثانیا و الّذی یغرم قیمته انّما هو المقبوض المذکور فیغرم قیمته یوم الانفساخ النّاشی من تلف العین الأخری و لو کان المناط هو قیمة یوم التّلف کان اللّازم غرامة یوم بیعه لانّه یوم تلفه شرعا و ان لم یتّفق له تلف حقیقی کما نبّه علی ذلک الشیخ الوالد العلّامة أعلی اللّه مقامه ثمَّ نبّه علی أمر و هو انّ الشهید الثّانی (- ره-) قال فی (- لک-) انّه یستفاد من ذلک انّ تلف المبیع قبل قبضه انّما یبطل العقد من حینه لا من أصله و الّا لاسترد العین و تظهر الفائدة فی ذلک و النّماء انتهی

قوله طاب ثراه و الفرق بین المسئلتین مشکل

لا یخفی علیک انّ غرض الماتن (- ره-) من الاستشکال فی الفرق بین المسئلتین انّما هو استفادة قولهم هنا بکون المدار علی قیمة یوم الانفساخ من قولهم به هناک لإثبات المطلب بالإلحاق بما هناک فما اعترضنا به علیه فی الحاشیة السّابقة غیر متّجه علیه

قوله طاب ثراه و تمام الکلام فی باب الإقالة إنشاء اللّه

قد ذکروا فی مبحث الإقالة فی یوم القیمة وجوها أحدها انّه یوم التّلف نظرا إلی انّ الضّمان متعلّق بالعین ما دامت فاذا تلفت تعلّق بقیمتها یومئذ ذکر ذلک فی (- لک-) و أتمه فی الجواهر بأنّه لیس المراد من الضّمان اشتغال الذّمة بالقیمة یوم التّلف إذ لا یعقل اشتغال ذمّة المالک بقیمة ماله بل المراد قیام القیمة یوم التّلف مقام العین فی صحّة تعلّق الإقالة لمعلومیّة بدلیة المثل أو القیمة عن العین فی کلّ ما یتعلّق بها و نوقش فیه بانّ القدر المعلوم انّما هو تعلّق الإقالة و نحوها یوم التّلف بالقیمة فی الجملة لا بخصوص القیمة یوم التّلف بل هو عین النزاع ثانیها انّه یوم القبض نظرا إلی أنّه ابتداء زمان الضّمان و ردّ بانّ کون یوم القبض ابتداء الزّمان لا یدلّ علی کون المدار علی قیمة یوم القبض بشیء من الدلالات الثلث ثالثها انّه یوم الدّفع نظرا إلی انّه یوم معرفة القیمة الّتی هی عوض عن العین فیکون المدار علیها رابعها انّه یوم الإقالة نظرا إلی انّ العقد انّما یبطل من حینها و ینتقل العین إلی القیمة من حینها و (- أیضا-) فیوم الإقالة یوم التعلّق فإنّ القیمة یوم التّلف قد قامت مقام العین فاذا تغیّرت إلی یوم الإقالة قام کلّ قیمة مقام الأخری إلی یوم الإقالة إذ لیس قیام القیمة یوم التلف مقام العین اولی من قیام کلّ من افراد القیمة مقام الأخری بل هنا اولی بل الظّاهر انّ الّذی قام مقام الغیر انّما هو کلّی القیمة و ان قارنت تلک الخصوصیّة فی یوم التلف و لا تشتغل ذمّة بها تتشخّص فیبقی کلّ فرد من افرادها قائما مقام الأخر إلی یوم الإقالة فیتعیّن ذلک الفرد لانّه هو الّذی قارن الاستحقاق و هذا بخلاف القیمة فی تلف المغصوب و نحوه ممّا تشتغل به ذمّة المتلف و نحوه یوم التّلف فتتشخّص (- أیضا-) بذلک و فیه (- أیضا-) نظر و هناک وجوه أخر مثل أعلی القیم من یوم التّلف و یوم القبض أو من یوم القبض أو یوم الدّفع و یوم القیمة إلی غیر ذلک من صور الأعلی من بعض الوجوه الأربعة مع بعض و التّحقیق اعتبار قیمة یوم الدّفع لما مرّ من الوجه موضحا

قوله طاب ثراه و لانّه ملک القیمة علی المتلف (- اه-)

فیلزم ملک المغبون الفاسخ علیه القیمة لأنّ ملک شیء واحد بتمامه علی الشخصین لا یعقل

[فی جریان خیار الغبن فی کل معاوضة مالیة]

قوله طاب ثراه و فیه ما لا یخفی

أراد بما لا یخفی توجّه المنع إلی الملازمة بین کون مشروعیّته لقطع المنازعة و بین کون المغبون مقهورا علی الالتزام بالغبن فیجوز ان

يكون مشروعيّته لخصوص قطع المنازعة على وجه لا يلحق المغبون ضرر بل الظاهر ذلك كما نبّه عليه الشيخ الوالد العلّامة أنار اللّه برهانه

قوله طاب ثراه و لعلّه للإقدام فى هذين على رفع اليد (- اه-)

هذا انّما يتّجه إذا كان اقدامه على الصّلح عن ذلك كائنا ما كان و امّا إذا أقدم عليه بزعم انّه مقدار كذا ثمّ تبيّن خلافه فصدق الإقدام عليه ممنوع و المدار فى الإقدام على ما يصحّ معه الامتنان الّذى نفى الضّرر فى الشّرع لأجله فمتى ما حصل لم تجر القاعدة و لم يثبت الخيار كما لا يخفى

قوله طاب ثراه نعم لو استدلّ باية التّجارة عن تراض أو النّهى عن أكل المال بالباطل (- اه-)

قال الشيخ الوالد العلّامة أنار اللّه برهانه انّ التّرديد بينهما مع كون المجموع أية واحدة للإشارة إلى مناط الاستدلال و الضّمير المجرور بإضافة لفظ الاختصاص اليه عائد إلى الآية و المراد بالاختصاص انّما هو الاختصاص الإضافى يعنى انّ الآية من بين موارد الغبن مختصّة بما إذا أقدم على المعاملة محتملا للضّرر مسامحا فى دفع الاحتمال و الّا فظهور شمول الآية للمعاملات الّتى تقابل فيها العوضان و تعادلا من الواضحات الّتى لا تكاد تنالها يد الارتياب فيصير الحاصل انّ الآية باعتبار التّجارة عن تراض و الانتهاء عن أكل المال بالباطل فى ما يتعادل فيه العوضان من المعاملات مختصّة بما إذا احتمل المغبون الضّرر عند المعاملة فدخل فيها مسامحة فى دفع الاحتمال

قوله طاب ثراه و تعرّضهم لعدم جريان خيار المجلس فى غير البيع (- اه-)

الفرق بين هذا الخيار و خيار المجلس واضح لانّ الاقتصار فى الخروج عن الأصل على مورد النص و الدليل لازم و مستند خيار المجلس هو النص الخاصّ المخصوص مورده بالبيع فلا يعدّى إلى غيره بخلاف هذا الخيار فانّ مستنده قاعدة الضّرر فكلّ مورد وجد الضّرر ثبت هذا الخيار

[فى أن خيار الغبن على الفور أو التراخى]

اشارة

قوله طاب ثراه اختلف أصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو على التّراخى على قولين (- اه-)

قد قوى القول الأوّل جمع منهم الشهيد الثانى (- ره-) فى (- لك-) و القول الثّانى هو خيرة جمع و استفاد فى (- لك-) من إطلاق ماتنه المشيّة فى قوله كان له الفسخ إذا شاء انّ الخيار فيه على التّراخى و ربّما استفاد بعضهم هذا القول من نزاع جمع منهم كما مرّ فى سقوط الخيار بدفع الغابن التّفاوت لمنافاة ذلك الفوريّة الغير المنافية لذلك و هناك قول ثالث اختاره صاحب الجواهر (- ره-) و هو التّفصيل بين ما إذا حصل بالتأخير ضرر على الغابن فيكون على الفور و بين ما إذا لم يحصل فعلى التّراخى و احتجّ على الشّق الأوّل بأنّ ضرر المغبون فيما بعد أوّل زمان إمكان الفسخ يعارض ضرر الغابن بالتّأخير فيرجع فيما بعد زمان الفور إلى أصالة اللزوم و على الشق الثانى بالاستصحاب و أنت خبير بما فى الشق الأوّل من توقّفه على كون مستند خيار الغبن قاعدة الضّرر و الّا لم يكن لمقابلة ضرر المغبون بضرر الغابن وجه و (- أيضا-) فما ذكره على إطلاقه محلّ نظر لانّ مقتضى القاعدة عند تعارض الضّررين هو الحكم لاقويهما دون تساقطهما معا (- مط-) و الرّجوع إلى الأصل

قوله طاب ثراه و هو المشهور

قد نقل الشهرة فى (- ئق-) و غيرها (- أيضا-)

قوله طاب ثراه و قرره فى (- مع صد-) (- اه-)

(۱۱) وجه الاستدلال انّه حیث کان العموم زمانیّا و خرج من تحته الزّمان الأوّل بالدّلیل بقی ما بعد زمان الفور مشمولا للعموم قوله طاب ثراه و إن کان نفی الضّرر وجب الاقتصار علی الزّمان الأوّل إذ به یندفع الضّرر (- اه-)

(۱۲) مراده انّه بترک الفسخ فی الآن الأوّل من بعد الالتفات یکون راضیا بالضّرر فیکون کمن أقدم علی ضرر نفسه و قد ادّعوا الإجماع علی عدم ثبوت خیار الغبن فیما أقدم علیه عالما نعم یتقیّد دلالهٔ ترک

ص: ۸۶

الفسخ علی الرضا و کونه إدخالا للضّرر علی نفسه بما إذا کان عالما بفوریّة الخیار و الّا لم یکن ترک الفسخ دالّا علی الرضا و لا إدخالا للضرر علی نفسه کما لا یخفی

قوله طاب ثراه امّا فی وجوب الاقتصار علی المتیقّن فلأنّه غیر متجه مع الاستصحاب (- اه-)

لا یخفی علیک انّه بنی ردّ قاعدة الاقتصار علی المتیقّن علی تمامیّة الاستصحاب و سیأتی ردّه للاستصحاب فیلزم تمامیّة قاعدة الاقتصار علی المتیقّن فلم یکن جمیع الوجوه محلّ نظر کما زعمه (- قدّه-)

قوله طاب ثراه و بذلک یظهر فساد دفع کلام (- مع صد-) (- اه-)

الدافع هو صاحب الجواهر (- ره-)

قوله طاب ثراه فساد ما قیل فی الأصول (- اه-)

القائل هو العلّامة الطّباطبائی (- ره-) لکن قال بذلک فی الاستصحاب المخالف للأصل و وجه الفساد ما أشار إلیه (- المص-) (- ره-) بقوله و قد عرفت انّ مقام جریان الاستصحاب لا یجوز فیه الرجوع إلی العموم لکن لا یخفی علیک انّ (- المص-) (- ره-) قد نسی ما ذکره فی فرائده فی توجیه کلام هذا القائل حیث انّه فی الأمر العاشر من تنبیهات الاستصحاب نقل کلامه و اعترضه بأنّه لا مجری للاستصحاب مع جریان العموم ثمّ قال و یمکن توجیه کلامه (- قدّه-) بانّ مراده من العمومات بقرینة تخصیصه الکلام بالاستصحاب المخالف هی عمومات الأصول و مراده بالتّخصیص للعمومات ما یعمّ الحکومة و غرضه أنّ مؤدّی الاستصحاب فی کلّ مستصحب اجراء حکم دلیل المستصحب فی صورة الشک فکما انّ دلیل المستصحب أخصّ من الأصول بمعنی تقدّمه علیها تخصیصا فالاستصحاب فی ذلک متمّم لحکم ذلک الدّلیل و مجریه فی الزمان اللّاحق (- فکذلک-) الاستصحاب بالنّسبة إلی العمومات الاجتهادیّة فإنّه إذا خرج المستصحب من العموم بدلیله و المفروض انّ الاستصحاب مجر لحکم ذلک الدّلیل فی اللّاحق فکأنّه (- أیضا-) مخصّص یعنی موجب للخروج عن حکم العامّ انتهی و هو توجیه لا غبار علیه فتدبّر

قوله طاب ثراه نعم لو أحرز الموضوع من دلیل لفظی (- اه-)

قال الشیخ الوالد العلّامة أنار اللّه برهانه انّه یستفاد من هذا الکلام انه لو أحرز الموضوع من دلیل لفظی علی المستصحب بان ذکر فی الدلیل اللّفظی فیما نحن فیه انّ للمغبون الخیار مثلا جری الاستصحاب و ان کان الشک فی استعداد المقتضی کما انه لو کان الشک فی الرافع جری الاستصحاب (- مط-) و ان لم یدلّ علی المستصحب دلیل لفظی و ذلک بحکم المقابلة و عطف الثانی علی الأوّل بلفظ أو و یؤیّده ملاحظة قوله فهو حسن علی ما اشتهر من المسامحة فی تشخیص الموضوع فی استصحاب الحکم الشّرعی الثّابت بغیر الأدلّة اللفظیّة المشخّصة للموضوع مع کون الشکّ من حیث استعداد الحکم للبقاء لکن ذلک غیر موافق لما قرره فی الأصول من عدم حجیّة الاستصحاب عند الشک فی استعداد المقتضی

قوله طاب ثراه ثمّ انّه بنی المسئلة بعض المعاصرین (- اه-)

احتمل بعضهم کون المراد به المحقّق التّستری و لکن الظّاهر انّ المراد به المحقّق الشیخ علی نجل کاشف الغطاء (- رهما-) فإنّ العبارة هی عبارته (- ره-) فی خیاراته

قوله طاب ثراه ففیه ان الکلّ متّفقون (- اه-)

فیه انّ اتّفاق الکلّ لا حجیّة فیه فی مثل المورد ممّا لا یکشف اتّفاقهم عن رای المعصوم علیه السّلام و لعلّ هذا البعض لا یسلّم تمامیّة دلالة أیة لزوم الوفاء بالعقود و لذا یتمسّک بالاستصحاب

قوله طاب ثراه تعیّن الرّجوع إلی أصالة فساد فسخ المغبون (- اه-)

هذه الفقرة جواب لکلمة لمّا فی قوله لانّه لمّا لم یجز التمسّک فی الزمان الثانی بالعموم (- اه-)

قوله طاب ثراه و فیه تأمّل (- اه-)
وجه التأمّل هو منع کون تجویز التّأخیر مطلقا ضررا علی من علیه الخیار بعد فرض سلطنة من علیه الخیار علی أنواع التصرّفات قبل الفسخ حتّی مثل التصرّف بالنّقل و الإتلاف و انّما کان یصدق الضّرر ان لو کان محجورا من ذلک فتدبّر

[فی أن المراد بالفوریة هی الفوریة العرفیة]

قوله طاب ثراه ثمّ انّ مقتضی ما استند الیه للفوریّة عدا هذا المؤیّد الأخیر هی الفوریّة العرفیّة (- اه-)
أراد بالمؤیّد الأخیر ما ذکره بقوله انّ تجویز التّأخیر فیها ضرر علی من علیه الخیار و وجه استثنائه علی ما نبّه علیه الشیخ الوالد (- قدّه-) هو کون مؤدّاه أوسع من الفوریّة العرفیّة فهو موافق لما یستظهره من (- کرة-) و یشهد بما ذکر من الوجه ما یأتی فی کلام (- المص-) (- ره-) من قوله مع انّ قیام الدّلیل علیه مشکل الّا ان یجعل الدلیل علی الفوریّة لزوم الإضرار لمن علیه الخیار فیدفع ذلک بلزوم المبادرة العرفیّة أوسع من الفور خصوصا بقرینة التّقیید بقوله بحیث لا یعد متواتیا فیه
قوله طاب ثراه لکنّ الذی یظهر من التذکرة (- اه-)
هذا الاستدراک لا یخلو من نظر لإمکان الفرق بین خیار العیب الّذی هو مورد کلام (- کرة-) و بین الفرض بانّ الخیار هناک من باب النصّ الخاصّ و رفع الید عن إطلاقه و الحکم بالفور لا ینافی القول بکون الأمر فیه أوسع من الفور العرفی تشبّثا بالإطلاق فی الجملة بخلاف المقام فإنّ أصل الخیار لمّا کان من باب قاعدة الضّرر لزم الاقتصار علی الفور العرفی الّذی به یزول الضّرر
قوله طاب ثراه (- اه-)
(۱۱) إذ لا فرق بین الجاهل بالغبن و الجاهل بحکمه قد یتوهّم منافاة ذلک لما اشتهر بینهم من معذوریّة الجاهل بالموضوع و عدم معذوریة الجاهل بالحکم فان لازم ذلک هو الفرق هنا بین الجاهل بالغبن و بین الجاهل بحکمه بمعذوریّة الأوّل دون الثّانی و علی هذا التوهّم فیوجّه عدم التّفرقة هنا بأنّه من باب انّ منشأ هذا الخیار هو قاعدة الضّرر و الضرر لا یزول بسبب الجهل بالحکم فیلزم ثبوت الخیار نعم لو کان الخیار من باب التعبّد اتّجه الفرق بین الجهل بالحکم و بین الجاهل بالموضوع و أنت خبیر بسقوط التوهّم من أصله ضرورة اختصاص قاعدة معذوریّة الجاهل بالحکم بالأحکام التّکلیفیة و عدم تبدّل الأحکام الوضعیّة بالجهل حتی یتصوّر المعذوریّة فیها و حکم الغبن حکم وضعیّ کما هو ظاهر
قوله طاب ثراه و یشکل بعدم جریان نفی الضّرر (- اه-)
(۱۲) قد یقال بانّ ذلک انّما یتّجه إذا احتمل هو الفوریّة لیصدق فی حقه الإقدام علی الضّرر بترک الفسخ و امّا إذا اعتقد التراخی فصدق الإقدام علی الضّرر المانع من جریان قاعدة الضّرر ممنوع
قوله طاب ثراه و المناط واحد (- اه-)
(۱۳) قد یمنع اتّحاد المناط فیهما و یفرق بینهما بکون الخیار فی التّأخیر للنص و هنا من باب قاعدة الضّرر (- فت-)
قوله طاب ثراه ففیه نظر
(۱۴) وجه النّظر انّ القبول انّما هو لکونه منکرا من مخالفة قوله لأصالة عدم العلم فاذا کان ممّن لا یخفی علیه ذلک الحکم الّا لعارض کان قوله مخالفا للظّاهر فیکون مدّعیا و (- ح-) و من أراد تمیز المدّعی من المنکر علی مخالفة قول المنکر الأصل جعله منکرا و من اداره مدار موافقة قوله الظّاهر جعله مدّعیا و حکم بعدم قبول قوله و نحن لمّا جعلنا المدار فی قضاء منتهی المقاصد علی انّ المدّعی من یترک لو ترک و المنکر من لو لم ینازعه احد لم ینازع هو کان اللّازم هنا عدم قبول قول مدّعی الجهل إلّا بالبیّنة و ذلک لانّ مقتضی فوریّة الخیار و مضیّ زمان یمکن فیه الفسخ هو سقوط خیاره فهو فی دعواه الجهل مدّعی لبقاء خیاره فاذا لم یقم بیّنة لم ینفع أصالة عدم العلم (- مط-) فالأقوی عدم قبول قوله فی دعوی الجهل (- مط-) و اللّه العالم

[الخامس خيار التأخير]

اشارة

قوله طاب ثراه الخامس خيار التّأخير (- اه-)

(۱۵) اتفق الأصحاب على عدم لزوم العقد فى الفرض بعد الثلاثة أيّام و انّما اختلفوا فى انّه هل يثبت الخيار بعد الثلاثة أو يبطل البيع من رأس فاختار الأوّل فى المقنعة و الانتصار و (- يهٔ-) و (- ف-) و المراسم و جواهر الفقه و الغنية و الوسيلة و (- ئر-) و (- يع-) و (- فع-) و (- كرهٔ-) و (- شاد-) و التنقيح و اللمعتين و (- مع صد-) و (- لك-) و محكى (- ير-) و التّبصرة و (- لف-) و

ص: ۸۷

شرح (- شاد-) للفخر و (- س-) و المقتصر و تعليق (- شاد-) للكركى و المفاتيح و الهداية للحرّ و غيرها بل فى محكى (- س-) انّ عليه الأكثر و فى التنقيح تارة انّ هذا النّوع من الخيار من خواصّ أصحابنا لم يقل به احد من الجمهور و اخرى انّ التّلف بعد الثلاثة من البائع إجماعا و فى الكفاية و المهذّب البارع و محكى إيضاح (- فع-) و غيرهما انّ عليه الأصحاب و فى (- لك-) انّ هذا النّوع من الخيار ممّا أطبق الجمهور على عدمه كما أطبق أصحابنا على ثبوته انتهى

قوله طاب ثراه و الأصل فى ذلك قبل الإجماع المحكى عن الانتصار و الخلاف و الجواهر و غيرها (- اه-)

قال فى الانتصار ممّا انفردت به الإماميّة انّ من ابتاع شيئا معيّنا بثمن معيّن و لم يقبضا و لا قبض ثمنه و فارقه البائع بعد العقد ليمضى و ينقده الثّمن فالمبتاع أحقّ به ما بينه و بين ثلثة أيّام فإن مضت ثلثة و لم يحضر المبتاع الثمن كان البائع بالخيار إنشاء فسخ البيع و باعه من غيره و ان شاء طالبه بالثمن على التعجيل و الوفاء و ليس للمبتاع على البائع فى ذلك خيار و لو هلك المبيع فى مدّة الأيام الثلاثة كان من مال البائع و خالف باقى الفقهاء فى ذلك و لم يقل احد منهم بهذا الترتيب الّذى رتّبناه دليلنا على صحّة ما ذهبنا إليه الإجماع المتردّد انتهى و قال فى (- ف-) من ابتاع شيئا معيّنا بثمن معيّن و لم يقبضه و لا قبض ثمنه و فارق البائع فالمبتاع أحقّ به ما بينه و بين ثلثة أيّام فإن مضت و لم يحضر الثمن كان البائع بالخيار بين فسخ البيع و بين مطالبته بالثمن و ان هلك المبيع فى مدّة الثّلثة كان من مال البائع و خالف جميع الفقهاء فى ذلك دليلنا إجماع الفرقة و اخبارهم انتهى و قال فى جواهر الفقه مسئلة إذا باع شيئا معيّنا بثمن معيّن و لم يقبضه و لا قبض الثمن و فارق البائع و المشترى من يستحقّه منهما الجواب المشترى أحقّ بهذا البيع إلى ان يمضى ثلثة أيّام فإن مضت و لم يحضر الثمن كان البائع أحقّ به بعد ذلك و هو مخيّر بين فسخ البيع و بين المطالبة بالثمن لأنّ إجماع الطائفة على ذلك انتهى و قد ادّعى الإجماع على ذلك فى الغنية و (- ئق-) و المستند و كشف الظلام و غيرها (- أيضا-) و نسبه فى (- ئر-) إلى أصحابنا ثمّ انّه ربما استدلّ بعضهم بوجه أخر و هو ما أرسله من الأخبار فى (- ف-) و الغنية و غيرهما على الخيار لا البطلان المنجبرة بالشّهرة العظيمة و الإجماعات المنقولة المستفيضة بل المتواترة كما فى جواهر الكلام و فيه أوّلا انّ من المقطوع به إرادتهم بالأخبار الّتى أرسلوها هذه التى نطقت بأنّه لا بيع بينهما و ثانيا انّ الشّهرة إنّما تجبر ضعف السّند بعد وضوح الدّلالة لا الدلالة المبتنية على اجتهاد المرسل

قوله (- قدّه-) و بما فى (- كرة-)

المجرور متعلّق بقوله المعتضد فهو معطوف على قوله بدعوى

قوله طاب ثراه من انّ الصّبر أبدا مظنّة الضرر (- اه-)

ربّما يناقش فى ذلك أوّلا بأنّ الضّرر كما يرتفع بالخيار فكذا يرتفع ببطلان البيع و فيه انّ الضّرورة تقدّر بقدرها و الضّرر إذا ارتفع بالخيار لم يكن مقتضى للبطلان نعم يمكن المناقشة فيه بأنّه بناء على الاعتماد على ذلك يلزم احالة ذلك على حصول الضرر بان يقال انّه حيث أوجب الصّبر الضّرر تخير و اين ذلك من ثبوت الخيار بعد ثلثة أيّام سواء كان ضرر فى الصّبر إلى أقلّ منها أو لم يكن الصّبر إلى اضعافها ضررا و عدم الخيار قبل الثلاثة (- ككك-) (- فت-) و ربّما ناقش بعضهم فى التمسّک بقاعدة الضرر بوجه أخر و هو انّ الضّرر هنا لم ينشأ من البيع نفسه حتى يتوقف رفعه على إثبات التزلزل فيه و انما نشأ من تأخير القبض و لا معنى لتدارک الضّرر الناشى من قبل شيء بنفى حكم شيء أخر و فيه نظر ظاهر ضرورة انّ القبض من متعلّقات البيع و متمماته و لذا يكون التّلف قبله من البائع فإذا حصل الضّرر من ترك القبض أمكن نفى حكم البيع لدفعه كما لا يخفى

قوله طاب ثراه الأخبار المستفيضة (- اه-)

هذه العبارة خبر للمبتدإ السّابق و هو قوله و الأصل

قوله طاب ثراه منها رواية علىّ بن يقطين (- اه-)

قد رواها الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن عبد الرّحمن بن الحجّاج عن علىّ بن يقطين و السّند صحيح و تقريب الاستدلال به و بما بعده يأتى عند اشارة الماتن (- ره-) اليه (- إن شاء الله-) (- تع-)

قوله طاب ثراه و رواية إسحاق بن عمّار (- اه-)

قد رواها الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن الهيثم بن محمّد عن ابان بن عثمان عن إسحاق بن عمّار

قوله طاب ثراه و رواية ابن الحجّاج (- اه-)

قد رواها الكلينى (- ره-) عن علىّ بن إبراهيم عن أبيه عن الحسن بن الحسين عن صفوان بن يحيى عن عبد الرّحمن بن الحجاج و لو لا انّ الراوى عنه عليه السلام هو أبو بكر بن عيّاش لكان السّند صحيحا و توهّم صحّته نشأ عن عدم التفطّن لذلك

قوله طاب ثراه ثمّ قلت لا و اللّه لا أدعك أو أقاضيك

كلمة أو بمعنى إلى ان أو الّا ان و لعلّ الثّانى انسب

قوله طاب ثراه و صحيحة زرارة (- اه-)

قد رواها ثقة الإسلام عن علىّ بن إبراهيم عن أبيه عن ابن ابى عمير عن جميل و ابن بكير عن زرارة و تسميته صحيحا مبنى على ما هو المختار من كون إبراهيم بن هاشم من الثقات لقرائن عديدة الّتى منها كونه من مشايخ الإجارة مضافا إلى دعوى السيد بن طاوس (- ره-) الاتّفاق على كونه من الثقات و ربّما ساق الشيخ الحرّ (- ره-) فى الوسائل فى طىّ أخبار الباب ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسن بن محمّد بن سماعة عن صفوان عن ابن مسكان عن هذيل بن صدقة الطّحان قال سألت أبا عبد اللّه (- ع-) عن الرّجل يشترى المتاع أو الثوب و ينطلق به إلى منزله و لم ينقد شيئا فيبدو له فيردّه هل ينبغى ذلك له قال لا الّا ان تطيب نفس صاحبه و أنت خبير بعدم دلالته على ما نحن فيه بوجه و انّما هو من اخبار الإقالة و هناك رواية أخرى موافقة للأخبار المزبورة فى المضمون مخالفة لها فى مدّة اللّزوم و هى ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن محمّد بن احمد بن يحيى عن ابى إسحاق عن ابن ابى عمير عن محمّد بن أبى حمزة الثمالى عن علىّ بن يقطين قال سئلت أبا الحسن (- ع-) عن رجل اشترى جارية و قال أجيئك بالثمن فقال ان جاء بينه و بين شهر و الّا فلا بيع له و رواه الصّدوق (- ره-) بإسناده عن ابن فضال عن الحسن بن علىّ بن رباط عمّن رواه عن زرارة عن ابى عبد اللّه (- ع-) لكن لا عمل عليها لاشتراك ابى إسحاق فى الأوّل بين الثقة و غيره و ان استظهر فى مفتاح الكرامة كونه إبراهيم بن هاشم و إرسال الثانى بناء على احدى النّسختين و على فرض الصحّة فشذوذهما و ندرتهما و اعراض كافّة الأصحاب عنهما يمنع من العمل بهما فيطرحان أو يؤوّلان تبرّعا بالحمل على استحباب صبر البائع إلى شهر و ان كان له الخيار بعد الثلاثة و فى مفتاح الكرامة انّ الأولى لمكان ظهور صحّتها أو حسنها ينبغى ان تحمل على بيان منتهى مدّة الصّبر فيكون للصّبر غايتان غاية وجوب و غاية جواز أمّا الأولى فهى الثّلثة و امّا الثانية فهى الثلاثون فيكون منتهى الصّبر فى كلّ مبيع ثلثين انتهى و هو ممّا لا بأس به إن كان لمجرّد الجمع من دون ان يدان به و ربّما حكى عن الشيخ (- ره-) تخصيصه الحكم بالجارية و الإذعان به فيها و فيه نظر لعدم العمل بها من الأصحاب حتّى فى موردها

قوله طاب ثراه كما فهمه فى (- ط-) (- اه-)

فيه انّ الموجود فى (- ط-) كما

ص: ۸۸

نقله انّما هو التعبير بلفظ الرّوايات و لا دلالهٔ فيه على ما نسبه اليه من فهم البطلان المصطلح منها و لا على فتواه بذلك كما غرى ذلك إليه فى المهذّب البارع

قوله طاب ثراه و توقّف فيه المحقّق الأردبيلى (- ره-)

لم يتوقّف فيه المحقق الأردبيلى (- ره-) بل نفى البعد عن القول بالبطلان و استقربه فى الكفايهٔ و قد أشار صاحب الجواهر (- ره-) الى تضعيف نسبهٔ القول بالبطلان إلى الإسكافى و الشيخ بتقييد نفى الخلاف بالمحقّق و إلى توهين قول من ذكر من الأواخر بتقييده بالمعتد به حيث قال لا خلاف محقّقا معتدّا به أجده فيه انتهى و على ايّ حال فقد احتجّ القائلون بالبطلان بالأخبار المزبورهٔ المؤيّدهٔ بمرسل (- ط-) المتقدّم بتقريب انّ الظاهر منها الانفساخ قهرا الّذى هو أقرب إلى الحقيقهٔ من نفى اللّزوم و الحمل على نفى اللّزوم الّذى هو خلاف الظّاهر لا يصار اليه الّا بقرينهٔ واضحهٔ هى فى المقام مفقودهٔ فتأمّل

قوله طاب ثراه الّا ان فهم العلماء و حملهٔ الأخبار لنفى اللزوم (- اه-)

قد أشار بذلك إلى تقريب الاستدلال بالأخبار المزبورهٔ على الخيار و توضيح القول فى ذلك ما قيل من انّ المراد بنفى البيع فى الأخبار نفى لزومه لا ـ مورد ذكرها فى المصابيح أحدها كونه فى معرض البطلان بخيار البائع لا انتفاء الصحهٔ إذ المفهوم من نفيه للمشترى ثبوته للآخر و الصحّهٔ لا تقبل التّبعيض الثانى تبادر ذلك منه و انصراف الإطلاق إليه بقرينهٔ المقابلهٔ و وقوع الحكم فى حيّز الخيار الثّالث ظهور كون العلّهٔ فيه دفع الضرر و انّما يندفع بالخيار و امّا البطلان فربّما كان أضرّ على البائع من التزام البيع فلا يصل به الارتفاق المطلوب و فى المتن انّ فهم العلماء و حملهٔ الأخبار لنفى اللزوم من نفى البيع ممّا يقرب دلالهٔ الأخبار على الخيار و قد يظهر من العلّامهٔ (- ره-) فى (- لف-) الاستشهاد للحمل المذكور بأنّ الأصل بقاء صحّهٔ العقد و أنت خبير بما فى كلّ من هذه الوجوه من النظر امّا الأوّل فلأنّه أشبه شىء بالمصادرهٔ لانّ كونه فى معرض البطلان بخيار البائع عين المدّعى و نفيه للمشترى انّما يدلّ على ثبوته للآخر إذا كان المنفى اللّزوم بكون النّفى للمشترى فإثبات كون النّفى للمشترى بكون المنفى اللّزوم دور فتأمّل هذا مضافا إلى انّ النّفى بالنّسبهٔ إلى أحدهما و ارادهٔ النّفى بالكلّيهٔ شائع فيما له طرفان و إلى انّه قد تضمّن صحيح ابن يقطين نفيه بالنّسبهٔ إليهما جميعا كما سمعت فى المتن و النسبهٔ بينه و بين الأخبار المزبورهٔ الإطلاق و التقييد الغير المتنافى ظاهرهما لانّ عدم البيع للمشترى يلائم عدمه لكلّ منهما جميعا فيلزم الأخذ به و تحكيمه على مفهوم القصر على المشترى فى تلك كما هو واضح عند كلّ متأمّل منصف فان قلت بمقالهٔ فاضل المستند من انّ البيع هو فعل صادر من البائع و نفيه حقيقهٔ غير صادق لتحقّق البيع فى السّابق و نفيه بعد الثلاثهٔ لا معنى له إذ لا ـ بيع (- ح-) (- مط-) فالمراد معناه المجازى و هو امّا البيع أو حكم البيع (- مط-) و استمراره أو صحّته (- ح-) أو لزومه و إذا تعددت المجازاهٔ لزم الأخذ بالمتيقّن منها الّذى هو نفى اللّزوم و يعمل فى الباقى بالأصل قلت من المقرّر فى محلّه انّه إذا تعذّرت الحقيقهٔ فأقرب المجازاهٔ متعيّن و لا ريب فى ان الصحهٔ أقرب و إنكار الأقربيّهٔ أو تعيّن الحمل عليه مكابرهٔ واضحهٔ مضافا إلى شهادهٔ صحيح علىّ بن يقطين عليه و المناقشهٔ فى ذلك بصدق نفى اللزوم بينهما و لو بنفيه للبائع منهما كما صدر من جمع من الأواخر منهم صاحب الجواهر (- ره-) واضحهٔ السّقوط بعد ما عرفت مضافا إلى ظهور مجموع قوله لا بيع بينهما فى نفى الصّحهٔ كما لا يخفى و امّا الثّانى فلانّ التبادر ممنوع بل لعلّ (- المص-) يعلم انّ المتبادر خلافه و أوهن من ذلك دعوى انصراف الإطلاق إليه فإنّه لا سبب للانصراف أصلا و الاستشهاد بقرينهٔ المقابلهٔ نظرا إلى انّ معنى قوله عليه السّلام ان جاء فيما بينه و بين ثلثهٔ أيّام انّ البيع لازم و قد قابله بقوله عليه السّلام و الّا فلا بيع له فيكون معناه انّه لا يلزم محلّ مناقشهٔ ضرورهٔ انّ كون المراد بقوله ان جاء بينه و بين ثلثهٔ أيّام لزوم البيع فرع كون المنفىّ فى مقابله اللّزوم فالتمسّك بالفرع للأصل ممّا لا وجه له و بتقرير أوضح إنّما يفهم المراد بالمقابل الّذى أجمل فيه الحال من مقابلهٔ المبيّن فإن كان المراد بعدم البيع بطلانه كما هو الظاهر كان المراد بمقابله صحّته و إن كان المراد تزلزله كان المراد بالمقابل اللّزوم فالعكس كما ارتكبه الموجّه لا وجه له بل المراد و اللّه العالم انّه ان جاء فيما بينه و بين ثلثهٔ أيّام فله بيعه الواقع بينهما

ان لازما فلازما و ان جائزا لشرط خيار شهر و نحوه مثلا فجائزا و ان لم يجئ فيما بينه و بين الثلاثة فلا بيع له و هذا ظاهر بل صريح عند كلّ منصف فى بطلان البيع و (- أيضا-) لو كان المراد بالفقرة الأولى هو اللّزوم للزم عدم شمول الخبر لما إذا جاء بالثمن قبل الثلاثة فى البيع الجائز لشرط خيار شهر و نحوه فلا تذهل و امّا وقوع الحكم فى حيّز الخيار فلم افهم له وجها أصلا و امّا الثالث فدعوى محضة و اعتبار صرف لا يناط به الأحكام الشرعيّة و امّا ما فى المتن ففيه انّ كلّا مكلّف بما فهم و فهم العلماء و حمله الأخبار لا يكون حجّة فى حقّ غيرهم إلّا إذا كشف عن قرينة واضحة لو اطّلعنا عليها لفهمنا بسببها ما فهموه و من اين يمكن إثبات ذلك هنا إذ غاية ما هنا دعوى كشف فهمهم عمّا هو قرينة عندهم

و امّا انّها قرينة حتّى عندنا فلا سبيل لنا إلى إثباته و امّا ما سمعته من العلّامة (- ره-) من التعلّق بالأصل و جعله شاهدا على الحمل مع الاعتراف بظهورها فى خلاف ذلك فممّا لا يليق بأقلّ خدمه و تلامذته و ان اغترّ بجلالته جمع من أواخر المشايخ فتبعوه من غير تعمّق نعم ما اعترض به عليه فى (- ئق-) من انّه كيف يختصّ النّفى باللّزوم كما ادّعاه مع انّه فى ضمن الثلاثة (- كك-) لانّ لزومه مراعى بحصول التّقابض فى ضمن الثلاثة منهما أو قبض أحدهما و ان اختلف وجه عدم اللّزوم فى الحالين لا وجه له ضرورة انّ كون البيع مراعى على النّحو الّذى ذكره غير الجواز الموجب لتسلّط كلّ منهما على الفسخ و بالجملة فظهور الأخبار المزبورة فى القول الثانى ممّا لا ينبغى صدور إنكاره من ذى ادنى مسكة و الظّهور حجّة شرعيّة لا يسوغ لنا التخلّف عنه فان قلت بمقالة سيّدنا فى مفتاح الكرامة من انّا قد أصّلنا انّ الأخبار كلّما اشتدّ ظهورها فى مخالفة المشهور مع وقوفهم عليها ضعفت عن الاستناد إليها فما ظنّك بما إذا كانت مخالفة للإجماع المستفيض نقله الشّاهد بصدقه تطابق الفتاوى عليه الّا من شاذ لا يزال مخالفا قلت الّذى قرع سمعك تأصّله انّما هو انّ الأخبار كلّما ازدادت صحّت ازدادت بسبب إعراض الأصحاب عنها و هنا و ضعفا و امّا انّها كلّما اشتدّت ظهورا فى مخالفة المشهور مع وقوفهم عليها ضعفت عن الاستناد إليها فكلّا لا يقتضيه قاعدة و لا ينضبط بضابطة كيف لا و قد شاع بينهم و ذاع و ملأ الدفاتر و نودى على المنابر انّ فهم مجتهد ليس حجّة على غيره لكونه ظنّيا لم يقم على حجيّة دليل و فيما نحن فيه قد علم عدم إعراض الأصحاب عن تلك الأخبار بل علم ركونهم إليها و عروجهم عليها و انّما سبب الخلاف فهم مضامينها و كلّ مكلّف بما فهم فان قلت أنت تستكشف بعمل الأصحاب بالخبر عن وجود قرينة هناك جابرة لضعفه فما بالك لا تستكشف بفهمهم عن وجود قرينة صارفة لهذه الأخبار عن ظواهرها قلت لمّا كان أمر السّند هيّنا و القرينة الجابرة عند الأصحاب جابرة عندنا غالبا اعتبرناه

ص: ۸۹

و استکشفنا القرینة من عملهم بخلاف القرینة الصّارفة و لذا لو کشف عملهم عن قرینة لو عثرنا علیها لفهمنا مثل ما فهموه لاعتبرنا فهمهم و لکنّا هنا منکرون الکشف عن القرینة الکذائیّة فالمخالف هنا انّما هو فهم المضمون لا نفس الرّوایة و (- ح-) فان کنت من أهل الإجماع المنقول و مقدّمیة علی سائر الأدلّة طرّا فالکلام معک فی المبنی و الّا فیلزمک الأخذ بأخبار العترة الطّاهرة و الإذعان بما یظهر لک منها الّا ان تکون ممّن یعرف الحقّ بالرّجال لا الرجال بالحقّ و علیک بالتدبّر و التأمّل لعلّک تقف علی ما یؤیّد القول المشهور

[فی شروط خیار التأخیر]

قوله طاب ثراه و لا خلاف ظاهرا (- اه-)

و فی الرّیاض انّ ظاهر الأصحاب الاتّفاق علی الاشتراط و ادّعی الإجماع علیه فی المصابیح و قد تضمّن هذا القید جملة من معاقد الإجماعات علی أصل خیار التّأخیر و یدلّ علیه انّ الخیار مخالف لأصالة اللّزوم فیلزم الاقتصار فیه علی مورد النصّ و لیس الّا عدم قبض الثمن

قوله طاب ثراه و تبعه بعض المعاصرین (- اه-)

أراد به صاحب الجواهر (- ره-) و وافقهما فی ذلک سیّدنا فی مفتاح الکرامة و کاشف الظّلام مستندین إلی انّه لیس فی الأخبار ما یدلّ علی اشتراط عدم اقباض المبیع بل إطلاقها یشمل صورتی إقباضه و عدمه و فیه انّ صحیح ابن یقطین المتقدّم مقیّد للإطلاق علی انّ الإطلاق مبنیّ علی انّ القبض فی نحو المتاع هو الأخذ بالید لغلبة تحقّقه بعد عقد البیع و امّا علی القول بانّ القبض فیه هو النّقل فلیس للإطلاق ظهور فی ذلک بل ظاهر السیاق عدم تحقّقه و لعلّ استناد الأصحاب الی هذه الأخبار مع اشتراطهم عدم اقباض المبیع مبنیّ علی کون القبض عندهم فی نحو المتاع هو النّقل لا مجرّد القبض بالید

قوله طاب ثراه أو احتمال قراءة (- اه-)

لا یخفی علیک انّه علی هذا الاحتمال یلزم قراءة بیعه بالضمّ و علی قراءة قبض بالتشدید و بیعه بالتخفیف یلزم قرائته بالفتح

قوله طاب ثراه لانّ استعمال البیع بالتّشدید مفردا نادر (- اه-)

مضافا الی احتیاجه إلی إضمار لفظ الثمن مع رکاکة التعبیر عن الرّجل فی أوّل السؤال بالبائع إذ لا داعی الی ذلک و لو کان أراد به البائع لجعل فاعل قبض الضّمیر العائد الی الرّجل (- فت-)

قوله طاب ثراه مع إمکان إجراء أصالة عدم التشدید نظیر ما ذکره فی (- الروضة-) من أصالة عدم المدّ فی لفظ البکاء (- اه-)

قال الشیخ الوالد قدّس اللّه تعالی روحه انّه ربّما یتوهّم انّ الفرق بین المقیس و المقیس علیه واضح لعدم اختلاف الهیئة فی البکاء الّا من حیث القصر و المدّ المدفوع بالأصل بخلاف البیع بالتخفیف و البیّع بالتشدید لاختلاف الهیئتین مضافا الی التّشدید و لکنّه یندفع بانّ الیاء المتّصل بالباء ساکن علی تقدیری التخفیف و التشدید و الشکّ انّما هو فی وجود الیاء الثانیة المکسورة علی تقدیر التشدید

قوله طاب ثراه وجوه

قلت مستند الوجه الأوّل انّ القبض ظاهر فی القبض الصّحیح فاذا کان بدون اذن البائع کان شرعا کلا قبض و مستند الثالث انّ المطلوب هو القبض و قد حصل و کونه بغیر اذن البائع لا یضرّ و مستند الثانی هو مستند الثالث بضمیمة انّه إذا استردّ کانت الحکمة المقتضیة لخیار التّأخیر جاریة هناک موجبة لثبوته و ان عدم الاسترداد مع الإمکان لعلّه یکشف عن إمضاء القبض الواقع بلا اذن

قوله طاب ثراه رابعها ابتناء المسئلة (- اه-)

هنا وجه خامس و هو الفرق بین الاسترداد فلا اثر للقبض و بین عدم الاسترداد الکاشف عن إمضاء القبض المذکور فیوجب سقوط

الخیار و بین عدم الاسترداد الغیر الکاشف فلا یوجب سقوطه فتدبّر

قوله طاب ثراه و لعلّه الأقوی

لا یخفی علیک ابتناء ذلک علی کون مستند هذا الخیار قاعدهٔ الضّرر و قد عرفت عدم تمامیّتها فلا وجه لإدارهٔ الحکم مدار الضّرر بل اللّازم بناء هذا الفرع علی اعتبار الإذن فی القبض و عدم فعلی الأوّل یکون کلا قبض و علی الثانی یکون قبضا فتدبّر

قوله طاب ثراه فیجری دلیل الضّرر بالتّقریب المتقدّم (- اه-)

أراد بالتقریب المتقدّم ما ذکره فی الاستدلال علی أصل ثبوت خیار التّأخیر من قوله حیث انّ المبیع هنا فی ضمانه و تلفه منه و ملک لغیره لا یجوز التصرّف فیه هذا و لکن ناقش الشیخ الوالد (- قدّه-) فی ذلک بأنّه مع سریان احتمال المقاصّهٔ لا یتمّ التقریب المذکور و عدمه ضرورهٔ انّ الضمان لیس ممّا یمنع من سریان احتمال المقاصهٔ فتدبّر

قوله طاب ثراه و لو مکّن المشتری من القبض فلم یقبض (- اه-)

حکی عن العلّامهٔ (- ره-) فی (- یر-) إسقاط الخیار به و نفی بعض الأواخر وجدان موافق له فی ذلک ثمَّ بناه علی القول بانّ القبض هو التخلیهٔ (- مط-) أو فیما یکون قبضه (- کک-) و الّا فالأشبه بقاء الخیار و ان أسقطنا الضّمان به لمنع عموم بدلیّهٔ التمکین عن القبض و سند المنع بقاء حقّ الحابس فللبائع المنع من اقباض الثمن حتی یقبض الثّمن و للمشتری المنع من دفع الثمن حتی یقبضه البائع للمثمن

قوله طاب ثراه لانّ ظاهر النصّ و الفتوی کون هذا الخیار إرفاقا للبائع و دفعا لتضرّره

(۱۱) فیه انّ الإرفاق و الضّرر من باب الحکمهٔ فلا یدور الحکم مدارهما فالأولی التّعلیل بأصالهٔ اللّزوم بعد انصراف النّصوص إلی صورهٔ عدم التمکین (- أیضا-) فتدبّر

قوله طاب ثراه و فیه نظر

(۱۲) وجه النظر أوّلا انّ ترکه إیّاه عنده أعمّ من التمکین و عدمه و من قبضه و ترکه و عدمهما و لو قال ثمَّ یودّعه عنده لدلّ علی القبض و التّرک عنده و لیس التعبیر بیودع بل بیدع و ثانیا انّه علی فرض الدّلالهٔ علی الغبن و الإیداع فغایهٔ ما هناک وقوع السّؤال عن حکم صورهٔ القبض و لا یلزم من ذلک عدم الخیار فی صورهٔ عدم التمکین فإنّ إثبات الشیء لا ینفی ما عداه و لعلّ مناط الخیار ما هو أعمّ

قوله طاب ثراه و فی کون قبض بعض المبیع ذلک کلا قبض (- اه-)

(۱۳) قد افتی بکون قبض البعض کلا قبض جمع جازمین به بل نفی وجدان الخلاف فیه فی مفتاح الکرامهٔ و نفی الخلاف فیه فی الجواهر و المصابیح قال فی الأخیر لو انتفی القبض منهما و لو ببقاء البعض فالخیار باق فی الکلّ بلا خلاف انتهی و الوجه فی ذلک تبادر قبض الجمیع من القبض فی تلک الأخبار و ظهورها فیه مؤیّدا بفهم ابی بکر بن عیّاش الّذی هو من أهل اللّسان فی خبر ابن الحجّاج المتقدّم حیث حکم علیه السّلام بثبوت الخیار فی صورهٔ قبض بعض الثمن مستندا الی قوله علیه السّلام من اشتری شیئا فجاء بالثّمن بینه و بین ثلثهٔ أیّام و الّا فلا بیع له

قوله طاب ثراه و اشتراطه مجمع علیه نصّا و فتوی (- اه-)

(۱۴) قال الفقیه الغرویّ (- قدّه-) انّه لو ادّعی الإجماع المحصّل علی هذا الشّرط لم یکن بعیدا قلت و ادّعی فی المصابیح الإجماع علی الاشتراط و فی کشف الظّلام انّه الّذی یقتضیه ظاهرهم اجمع و فی المستند انّه شرط بالإجماع و الأصل فی ذلک أصالهٔ اللّزوم فی صورهٔ القبض بعد کون مورد جمیع الأخبار عدم قبض الثمن فلا إشکال فی ذلک

قوله طاب ثراه و قبض البعض کلا قبض (- اه-)

(۱۵) الجزم هنا بذلک لا یلائم ما صدر منه فی سابقهٔ من ذکر الوجوه الثلث مع کون المسئلتین من واد واحد

قوله طاب ثراه لظاهر الأخبار

(۱۶) اعترضه الشیخ الوالد العلّامة أنار اللّه برهانه بمنع ظهور الأخبار فی کون قبض البعض کالعدم بسکوتها عن ذلک ان لم نقل بانّ الظّاهر من عدم القبض فی الأخبار

ص: ۹۰

عدم قبض شیء من الثمن قلت فی استظهاره (- قدّه-) (- أیضا-) نظر

قوله طاب ثراه و فیه نظر (- اه-)

وجه النّظر امّا ضعف السّند بأبی بکر أو ضعف الدّلالهٔ بعدم حجّیهٔ فهم أبی بکر لکن الإنصاف عدم توجّه الأوّل للانجبار بالعمل و لا الثّانی لأنّ التّبادر إلی أذهان أهل اللّسان و هو هنا أبو بکر و ابن الحجّاج معتبر و یمکن ان یکون وجه النّظر التأمّل فی الدّلالهٔ من حیث انّ أبا بکر انّما نقل قول الإمام علیه السّلام و لم یعلم انّه جعل المورد من الجملهٔ الشرطیّهٔ الأولی أو الثّانیهٔ و لم یبیّن انّ البیع الثانی صحیح أم لا و انّ خیار التّأخیر ثابت للبائع بسبب تأخیر المشتری بعض الثمن أم لا فلا یمکن الاستشهاد بفهم أبی بکر و فیه انّ توجیه أبی بکر الخطاب إلی المشتری و اقتصاره علی نقل الخبر قرینهٔ واضحهٔ علی إبطاله العقد الأوّل و ازالته حقّ المشتری الأوّل بسبب تأخیره إیصال بعض الثمن و ارتکاب البائع ما یوجب کونه فسخا فعلیّا فتدبّر

قوله طاب ثراه و القبض بلا اذن کعدمه (- اه-)

احتمل بعضهم عدم اعتبار الإذن لأصالهٔ عدم اشتراطه فی القبض المسقط للخیار بعد منع ظهور الأخبار فی الاشتراط مضافا الی استصحاب اللّزوم الثّابت من حین العقد و عدم عروض الجواز بعدم اذنه فی القبض

قوله طاب ثراه مع انّ ضرر ضمان المبیع (- اه-)

فیه انّ المدار لیس علی الضّرر کی یدور مدار بقائه و ارتفاعه بل المدار علی القبض الظّاهر فی القبض بإذن

قوله طاب ثراه و ربّما یقال (- اه-)

القائل هو العلّامهٔ الطباطبائی (- ره-) فی المصابیح و تبعه سیّدنا فی مفتاح الکرامهٔ

قوله طاب ثراه نعم لو کان القبض (- اه-)

هذا تفصیل من الماتن (- ره-) بین القبض بحقّ و لا- بحقّ فیکون وجها رابعا فی المسئلهٔ و احتمل بعضهم التّفصیل بین ما إذا کان المبیع و الثمن شخصیّین فلا- یعتبر الإذن لأنّ العین مالهما فلهما قبضه و بین ما إذا کانا کلیّین فلا یجوز القبض إلّا بإذن و لا اثر للقبض بغیر إذن لأنّ الکلّی لا- یعود شخصیّا الّا بالقبض عن رضاء من علیه الکلّی و فیه انّ مقتضی اشتراطهم فی موضع هذا الخیار کون العوضین مشخّصین غیر کلیّین هو کون مورد کلامهم هنا هو الشخصی فیکون التّفصیل المذکور تفصیلا بین محلّ النّزاع و الخارج عن حریمه فتأمّل جیّدا و قال والدی العلّامهٔ أنار اللّه برهانه انّ هذا مبنیّ علی مذهب (- المصنف-) (- ره-) من انّ مجرّد تمکین البائع المشتری من المبیع ینزل منزلهٔ القبض فیخرج عن قاعدهٔ ضمان البائع ما تلف قبل قبض المشتری کما دلّ علیه قوله (- ره-) فی ذیل الشّرط الأوّل و ربّما یستظهر من قول السّائل (- اه-) و قال فی أحکام القبض و هل یکتفی بالتخلیهٔ علی القول بعدم کونها قبضا فی سقوط الضّمان قولان لا یخلو السّقوط من قوّهٔ و ان لم نجعله قبضا انتهی

قوله طاب ثراه فتأمّل

جعل الشیخ الوالد قدس اللّه تربته الزکیهٔ الأمر بالتّأمل للإشارهٔ إلی انّه کان یمکنهم التعبیر علی وجه لا یکون عنوان المسئلهٔ باسم البائع المناسب له اعتبار الإقباض و عدم قبض الثمن من جانبه فأخذهم العنوان باسم البائع ناظر الی ما ذکره القائل من اعتبار الإذن من البائع فی قبض المبیع و کفایهٔ مجرّد قبض الثمن من المشتری و لو بدون اذن من البائع أقول کون تعبیرهم إشارهٔ الی ما ذکره (- قدّه-) فی غایهٔ البعد و لو سلّم فلا حجّهٔ فی قولهم بعد فقد هذا التعبیر فی الأخبار الّتی علیها المدار

قوله طاب ثراه و لو أجاز المشتری قبض الثمن بناء علی اعتبار الإذن کانت فی حکم الإذن

هذا ممّا افتی به العلّامهٔ الطباطبائی (- ره-) فی المصابیح نظرا الی وضوح عدم مدخلیّهٔ الإذن حال القبض و خالف فیه الشیخ (- ره-) فمنع من کفایهٔ الإذن اللّاحق للقبض فی سقوط الخیار نظرا الی عدم حصول الإقباض و استضعفه فی المصابیح بعد نقله و وجه

الضعف ظاهر ضرورة القطع بعدم اعتبار الإقباض بهذا المعنی بل المراد حصوله فی ید المنتقل الیه ثمَّ انّه بقی هنا أمور أخر متعلّقة بالشرطین لم یتعرّض لها الماتن (- ره-) الأوّل انّ لازم جعل کلّ من قبض البائع الثمن و قبض المشتری للمبیع شرطا هو انتفاء الخیار بانتفاء احد الشرطین فلو قبض البائع الثمن قبل انقضاء الثلاثة سقط الخیار و ان لم یقبض المشتری المبیع و کذا ان قبض المشتری المبیع قبل انقضاء المدّة و ان لم یقبض البائع الثمن و قد صرّح بذلک جماعة حاکین الخلاف فی ذلک عن الشیخ (- ره-) حیث حکی عنه إطلاق أنّ للبائع الفسخ متی تعذّر الثّمن و عن الشّهید (- ره-) تقویته له فی (- س-) و نفی عنه البعد فی (- لک-) ثمَّ قوّی العدم حیث قال اعلم انّ للشّیخ (- ره-) قولا بجواز الفسخ متی تعذّر الثمن و قوّاه الشّهید (- ره-) فی (- س-) و کان مستنده خبر الضّرار إذ لا نصّ فیه بخصوصه و لیس ببعید الّا انّ التمسّک بلزوم العقد و وجوب الوفاء به أقوی و أخذه مقاصة یرفع الضّرر ان تمکّن و الّا فلا یدفع بالفسخ انتهی و لا یخفی علیک انّ اخبار المسئلة تنفی قول الشیخ (- ره-) لانّه علیه السّلام اثبت البیع بإقباض الثمن قبل الثلاثة فی صحیح زرارة و خبری ابن الحجّاج و إسحاق و هو بإطلاقه یشمل ما لو قبض المشتری المبیع أم لا و کذا اثبت علیه السّلام البیع فی صحیح ابن یقطین بقبض المشتری المبیع و إطلاقه یشمل ما إذا قبض البائع الثمن أم لا و امّا قاعدة الضّرر فمع عدم تمامیّتها فی نفسها کما أشیر إلیه فی أصل المسئلة و ما تقدّمها قد سمعت ما فیها من شیخ (- لک-) من انّ فائدة الفسخ التسلّط علی العین فان تمکّن منها أخذها مقاصّة کغیرها و الّا فلا فائدة له مضافا الی انّ البائع (- ح-) هو الّذی أدخل الضّرر علی نفسه بتسلیم المبیع قبل أخذ الثمن الثّانی انّه لو قبض أحدهما أو کلاهما ما انتقل الیه فبان المقبوض مستحقّا للغیر کلّا أو بعضا لم یسقط الخیار إذ لا عبرة بالفاسد نعم قبض المعیب کقبض الصّحیح فی سقوط خیار البائع به کما نبّه علی ذلک فی المصابیح و غیره و هو متین لکن أصل فرضه فی الثمن واضح و امّا فی المبیع فمبنی علی عدم اعتبار کونه عینا و الّا لکان ظهور کونه مستحقّا للغیر موجبا لبطلان البیع من رأس فضلا عن الخیار کما لا یخفی و سیأتی الکلام فی المبنی (- إن شاء الله-) (- تعالی-) الثّالث انّ القبض لما فی الذمّة انّما یکون باحتسابه الرّابع انّه لا فرق فی إسقاط الغبن للخیار بین ان یکون بنفسه أو وکیله فی البیع و القبض أو الثّانی فقط أو بولیّه لإطلاق ما دلّ علی قیام الوکیل و الولی مقام الموکّل و القاصر الخامس انّ الإتلاف من أحدهما لما انتقل الیه و هو فی ید صاحبه قبض حکما لکونه أقوی منه السادس انّه قال الفقیه الغرویّ (- ره-) انّ القبض للمعیّن لا یعتبر فیه النیّة من القابض و لا یقدح فیه نیّة الخلاف و للکلّی لا تعتبر فیه النیّة منه (- أیضا-) علی الأقوی و هل تقدح نیّة الخلاف کان یقبض علی انّه عاریة أو ودیعة أو رهن و نحوها وجهان انتهی قلت الأظهر عاجلا اعتبار عدم نیّة الخلاف إذا نوی المعطی انّه مبیع أو ثمن لانّ المدار فی أمثال ذلک علی نیّة المعطی سیّما مع وجود سبب ملزم للإعطاء سابق علی قصد الأخذ فتدبّر و انتظر لتتمّة الکلام فی مبحث القبض (- إن شاء الله-) (- تعالی-)

قوله طاب ثراه مع انّه فی الجملة إجماعیّ (- اه-)

قد ادّعی الإجماع علیه فی المصابیح و مفتاح الکرامة و کشف الظّلام و الجواهر و خیارات الفقیه الغروی (- ره-) و المستند و غیرها و الأصل فی ذلک ما أشار إلیه (- المصنف-) (- ره-) مؤیّدا بأنّ الواجب مع الشّرط مراعاة الأجل طال أو قصر فلا یتقدّر بالثّلاثة و إثباتها بعد الحلول خروج عن ظاهر الفتوی و الدّلیل و بالجملة فالبیع فی

ص: ۹۱

الأخبار المزبورة ينصرف الى الحال فيبقى المؤجّل تحت الأصل و من هنا صرّح العلّامة (- ره-) فى عبارته المزبورة من (- كرة-) و الجماعة المتقدّم حكاية دعوى الإجماع عنهم بعدم ثبوت الخيار فى المؤجّل حتى إذا كان الأجل ساعة نظرا منهم الى الشكّ فى ثبوت الخيار فى المؤجّل و لو ساعة المقتضى للرّجوع إلى أصالة اللّزوم لكن لا يخفى عليك توجّه الإشكال على الّذين مالوا الى التمسّك فى أصل المسئلة أو بعض فروعها بقاعدة الضّرر فإنّه يلزمهم الحكم (- ح-) بثبوت الخيار بالتأخير عن زمان انقضاء المدّة المشروطة بلا فسخ أو بفاصلة ثلثة أيّام لقاعدة الضّرر و كذا يلزم ذلك من استند فى أصل المسئلة الى النّص و جعل دفع الضّرر عن البائع حكمة أو علّة الّا ان يتعلّقوا هنا بالإجماع و يخرجوا به عن تحت القاعدة و ربّما استدلّ فى المستند على عدم ثبوت الخيار فى السّلف بعدم إطلاق البيع المطلق فى الأخبار عليه و بظهور صحيحى زرارة و ابن يقطين فى غيره لمكان قوله عليه السّلام ثمّ يدعه فى أوّلهما و ان قبض بيعه فى الثّانى و على عدم ثبوت الخيار فى النّسيئة إلى ظهور جميع الأخبار فى غيره حيث انّ مبدء الثّلثة أيّام فيها بحكم التبادر وقت البيع فالحكم بأنّه ان لم يجئ بالثمن فيها يكون البائع ذا خيار قرينة على ارادة غير النّسيئة ثمّ انّه (- ره-) أضاف الى ذلك انّه على القول بشمول تلك الأخبار للنّسيئة و السّلف يكون الأخبار الدّالة على لزوم كلّ من النّسيئة و السّلف المذكورة فى ثانيهما معارضة مع تلك الأخبار بالعموم من وجه فلو لم يرجّح الأوليان فالمرجع إلى أصالة لزوم مطلق البيع و أقول ما ذكره أوّلا و ثانيا فلا بأس به و امّا ما اضافه الى ذلك فلا يخلو من نظر ضرورة انّه بعد تسليم شمول الأخبار للنّسيئة و السّلف فكما خصّت اخبار لزوم البيع الحال فكذا تخصّ اخبار لزوم النّسيئة و السّلف كما لا يخفى و كون التّعارض على وجه العموم من وجه المانع من التخصيص ممنوع بل التّعارض على وجه العموم المطلق لانّ اخبار لزوم السّلف و النّسيئة عامّة لما إذا أخّر المشترى تسليم الثمن و تسلّم المبيع أم لا و اخبار المسئلة خاصّة بما إذا أخّر و تخلّف فيخصّ بها عموم تلك فلا تذهل فرع لو شرط التّأجيل فى البعض فاخّر الباقى فقد صرّح جمع منهم العلّامة (- ره-) فى (- كرة-) و (- عد-) و ولده فى الإيضاح و الكركى فى (- مع صد-) و علّامة المصابيح و السيّد فى مفتاح الكرامة و غيرهم بعدم ثبوت الخيار بتأخير القبض و الإقباض و علّلوا ذلك بوجوه أحدها ما فى المصابيح و غيره من تغيّر الصّورة الظّاهرة فى حلول الجميع و أنت خبير بأنّه غير واف بالمطلوب بل لا بدّ من تتميمه بأنّه يخرج الفرض حينئذ عن تحت مدلول الأخبار فيرجع فيه الى أصالة اللّزوم و لعلّه (- ره-) ترك التّتميم إحالة إلى الوضوح ثانيها ما فى (- مع صد-) و غيره من انّ قوله عليه السّلام و لا قبض الثمن فى الرّواية يرشد الى كون الثّمن حالا لانّ المتبادر انّه عدم ملكة قلت هذا الوجه حاله حال سابقة ثالثها ما فى (- مع صد-) و المصابيح و غيرهما من سقوطه فى المؤجّل بالشّرط فيسقط فى الكلّ لئلّا يلزم التبعيض فى الخيار فيلزم منه تبعيض الصّفقة و فيه انّ بطلان التّالى غير معلوم غاية ما هناك انّه بتبعّض الصّفقة يثبت الخيار للمشترى و لا مانع من ذلك رابعها ما فى الإيضاح من انّ الأصل لزوم العقد خرج منه ما إذا كان الثّمن حالا إجماعا فبقى الباقى على أصله و هذا الوجه هو الّذى ينبغى الركون اليه و العروج عليه و ربّما استشكل العلّامة (- ره-) فى (- عد-) فيه ثمّ قرب عدم الثبوت و لعلّ منشأ الإشكال ممّا ذكروا من جريان العلّة أو اتّحاد المناط و لكن العلّة غير معلومة و المناط غير منقّح فلا معدل عن الأصل الأصيل

قوله طاب ثراه نصّ عليه الشيخ (- ره-) (- اه-)

قد نصّ على ذلك فى (- ط-) و (- ف-) و صرّح به فى الانتصار و محكىّ المراسم و الوسيلة و غيرها بل يشمله إجماع (- ف-) و الانتصار و غيرهما كما سيتبّه عليه (- المصنف-) (- ره-) و حجّة هذا القول أصالة اللّزوم بعد الشكّ فى شمول الأدلّة للكلّى

قوله طاب ثراه و هو ظاهر جامع المقاصد (- اه-)

وجه الظهور ان تقييد نفى الفرق بين العيب و ما فى الذمّة بكونه فى الثمن يظهر منه ثبوت الفرق بينهما فى المبيع

قوله طاب ثراه و قال فى الغنية (- اه-)

فى هذه العبارة مواضع للدّلالة على اشتراط كون المبيع عينا أو شبهه فمنها قوله (- ره-) انّ المشترى إذا لم يقبض المبيع (- اه-) فانّ

ظاهره انّ المبيع ممّا له شأنيّة القبض لكن لم يتحقّق فعليّته و منها قوله هـذا إذا كان المبيع ممّا يصـحّ بقائه (– اه–) فان التّفصـيل بين ما يصحّ بقائه و ما لم يصحّ بقائه انّما يتأتّى فى الأعيان و الّا فالخضـراوات (– أيضا–) إذا بيع منها ما هو كلّى قابل للتّحقيق فى ضمن أفراد كثيرة لم يصـر ممّا لا يصـحّ بقائه لتحقّقه فى ضـمن اىّ فرد كان و منها قوله (– ره–) ان تلف المبيع قبل الثّلثة من مال المشترى و بعده من مال البائع فإنّ ذلك ممّا لا مجال له الّا فيما كان المبيع عينا

قوله طاب ثراه مع انّا نقول انّ ظاهر المعيّن فى معاقد الإجماعات التشخص العينى (– اه–)

قال والـدى العلّامـة أنار اللّه برهانه انّ هذا الكلام مرتبط بالاسـتدلال على أصل المسـئلة و هو اشتراط كون المبيع عينا لا بتفسـير الثّمن المعيّن فإنّه بعد ما اسـتظهر من كلام الشـيخ (– ره–) اطباق الجميع على الاشتراط المذكور و أيّده بتصريح التّحرير و المهذّب البارع و غاية المرام و ظاهر (– مع صد–) و حكى دعوى ابن زهرة الإجماع عليه أضاف الى ذلك ظهور المعيّن فى معاقد إجماعات الانتصار و (– ف–) و الجواهر فى التشـخص العينى و انّه خرج الثمن بالإجماع فلا يشترط فيه التشـخّص العينى و بقى المبيع و بهـذا البيان ظهر انّ المراد بمعاقـد الإجماعات انّما هى المعاقـد المعهودة اعنى معاقد إجماعات الانتصار و (– ف–) و الجواهر و انّ قوله (– ره–) فى مقعد إجمـاع الانتصـار و (– ف–) و الجواهر (– اه–) انّما ذكره لإفادة الأخبار باللّفظ الواقع فى عباراتهم ليصـير ذلك توطئـة و تمهيـدا لهـذا الكلام

قوله طاب ثراه و امّا النّصوص فروايتا ابن يقطين (– اه–)

الظّاهر انّ الوجه فى نفى المناسـبة هو عـدم إمكان التعريض للبيع فى الكلّى كما نبّه على ذلك والـدى العلّامة أنار اللّه برهانه ثمَّ ناقش فى ذلـك بإمكان المنع من كون المراد بالبيع خصوص العين المعرضـة بل هو أعمّ منها و من الكلّى فيقال انّ (– المصـنف–) (– ره–) قد اعترف فى أثناء ما ذكره بعد هذا الكلام بأنّ الكلّى هنا أمر اعتبارىّ يعامل فى العرف و الشـرع معه معاملة الأملاك و بعد الاعتراف بذلك ما المانع من جعل تعريضه للبيع بمنزلة تعريض العين و جعل تعريضه للبيع من قبيل معاملة الأملاك

قوله طاب ثراه انصرافا لا يحوج ارادة المطلق إلى القرينة

هكـذا وجـدنا العبـارة فيمـا عثرنا عليه من نسـخ المتن و لكن سـياق الكلام يقتضـى زيادة كلمـة لا فى قوله لا يحوّج ضـرورة انّ اللّفظ المطلق إذا بلغ حـدّا ينصـرف الى بعض افراد مـا وضع له احتـاج إرادة الإطلاق إلى قرينـة مانعـة عن الانصـراف و احتمل الشـيخ الوالد قدس اللّه نفسه الزكيّة توجيه العبارة بأنّ المراد بالمطلق فى العبارة هو اللّفظ على ما هو المصـطلح عليه فى الأصول و اضافة الإرادة اليه لأدنى ملابسة و المراد بها ارادة الفرد من المطلق فيصـير المعنى المطلق المنصـرف الى بعض افراده انصـرافا لا يحوّج ارادة ذلك الفرد اى الفرد المنصرف إليه إلى القرينة و هذا معنى صحيح ضرورة انّ المطلق المنصرف الى فرد لا يحتاج فى الدّلالة على ذلك الفرد إلى قرينة خارجيّة لأنّ نفس منشأ الانصراف قرينة على ارادة ذلك الفرد

قوله طاب ثراه فقد ظهر ممّا ذكرنا

ص: ۹۲

ان ليس فى أدلّة المسئلة (- إلخ-)

هذه صغرى لكبرى مطويّة و هى انّه إذا فقد ما يجرى فى المبيع الكلّى بقيت أصالة اللّزوم فى البيع و سائر العقود محكمة

قوله طاب ثراه و ربّما ينسب التّعميم الى ظاهر الأكثر (- اه-)

أشار بذلك الى ما صدر من العلّامة الطّباطبائى (- ره-) فى المصابيح فإنّه الّذى صدرت منه هذه النّسبة و تبعه فيها صاحب الجواهر (- ره-)

قوله طاب ثراه و يحتمل ان يكون الاقتصار عليه لعنوان المسئلة فى كلامه بغير الحيوان و هو المتاع (- اه-)

لا يخفى عليك انّ غاية ما يقتضيه اختصاص العنوان بغير الحيوان هو انتفاء خيار الحيوان فيبقى بعد ذلك شاملا لخيار الغبن و العيب و خيار الرّؤية و غيرها

قوله طاب ثراه و أوجه ما يقال

الّذى استدلّ به لهذا القول وجوه ثلث هذا أحدها و ثانيها أصالة اللّزوم بعد انصراف الأخبار الى غير صورة ثبوت الخيار من جهة أخرى و ثالثها ما أشار إليه بقوله فيما يأتى حجّة للتّفصيل و لدلالة النصّ و الفتوى على لزوم البيع فى الثّلثة فيختصّ بغير صورة ثبوت الخيار له (- اه-)

قوله طاب ثراه و قد يفصل (- اه-)

هذا التّفصيل هو الّذى جعله فى المصابيح و كشف الظلام أجود و فى مفتاح الكرامة أولى و فى خيارات الفقيه الغروىّ أظهر و فى المسئلة وجه ثالث احتمله فى محكى (- س-) و هو ثبوت خيار التأخير (- مط-) سواء كان هناك خيار أخر أم لا و سواء كان الخيار الأخر للبائع أو للمشترى غاية ما هناك ان يكون مبدء الثّلثة فى خيار التّأخير (- ح-) من حين انقضاء زمان الخيار الثابت بالعقد من خيار شرط أو حيوان أو مجلس

قوله طاب ثراه و دعوى انّ المراد من الأخبار (- اه-)

هذا جواب عن دليل المفصّل و توضيح هذا الجواب انّ غاية ما يستفاد من النصّ و الفتوى انّما هو لزوم العقد و لزوم العقد فى الثّلثة من جهة التّأخير و ذلك لا ينافى عدم لزومه من جهة أخرى من شرط أو مجلس أو نحو ذلك و الأولى الجواب بأنّه ليس فى الخبر من اللزوم و الجواز ذكر و انّما فيه انّه لا بيع و حمل بحكم الإجماع على ثبوت الخيار و مفهومه انّه ان جاء فى ما بينه و بين ثلثة أيّام فلا خيار له و لا سلطنة على الفسخ للتأخير

قوله طاب ثراه مدفوعة بأنّ التّأخير سبب (- اه-)

هذا ردّ للجواب المزبور و دفع له و توضيح الدّفع انّ التّأخير سبب لثبوت الخيار و لا حكم من الأحكام يتقيّد بسببه لانّ الحكم أمر وحدانى و ليس السّبب من جهاته و كيفيّاته حتّى يصحّ ان يكون قيدا له فالمراد بالحكم الخيار و بالسّبب التّأخير فيكون المعنى انّ التّأخير سبب لمطلق الخيار لا للخيار المقيّد بثبوته بالتّأخير فالثابت بعد الثلاثة هو الخيار المطلق فيلزم ان يكون المراد باللّزوم بقرينة المقابلة هو اللّزوم المطلق لا اللّزوم من جهة التّأخير فقط كما زعمه المورد ثمّ انّ من هنا ظهر سقوط ما زعمه غير واحد من طلبة مجلس البحث من كون المراد بالحكم فى عبارة المورد هو اللّزوم و بالسّبب هو التّأخير فإنّ فيه انّ المراد هو دعوى امتناع تقيّد الحكم بالسّبب و من البيّن انّ الممتنع انّما هو تقيّد الحكم بسببه لا بسبب حكم أخر فالمراد انّ حكما من الأحكام لا يتقيّد بسببه لا انّ حكما من الأحكام لا يتقيّد بسبب من الأسباب و لو كان غير سببه ضرورة أن تقيّد الحكم بشىء يكون سببا لحكم أخر فوق حدّ الإحصاء ألا ترى الى ان صحّة العقد مقيّدة بما إذا صدر من البالغ مع انّ البلوغ سبب لأحكام أخر و إذ قد عرفت ذلك فاعلم انّ الشّيخ الوالد أنار اللّه برهانه أوضح الدّفع بوجه أخر فقال (- ره-) يريد يعنى الدافع انّ اللّزوم حكم و حاصله حرمة الفسخ و الخيار (- أيضا-) حكم و

حاصله جواز الفسخ و انّ الحكم أمر وحدانی و لیس السّبب من جهاته و كیفیّاته حتّی یصحّ ان یكون قیدا له فیرتفع التّناقض من القضیّتین المتخالفتین نفیا و إثباتا و بانضمامه الی إحدیهما و انضمام خلافه إلی الأخری فلا یتحقّق تناقض لو قیل جواز الفسخ الناشی من السّبب الّذی هو الغبن موجود قبل مضیّ ثلثة أیّام و جواز الفسخ النّاشی من السّبب الّذی هو تأخیر الثمن غیر موجود و مثله الحال فی اللّزوم و معلوم انّ الشیء الوحدانی البسیط ان وجد سببه وجد و الّا فلا و حیث انّ السّبب لیس صالحا لصیرورته من كیفیّات وقوع المسبّب لم یصحّ توجیه الإثبات إلیه فی صورة تعدّد الأسباب الشّأنیّة له و وجود واحد منها مع انتفاء غیره و توجیه النّفی إلیه باعتبار ما لم یوجد لتوجّه النّفی و الإثبات إلی شیء واحد المستلزم للتّناقض

قوله طاب ثراه و امّا ما ذكره من عدم تقیید الحكم بالسّبب فلا یمنع من كون نفی الخیار فی الثّلثة من جهة التضرّر بالتّأخیر و لذا لا ینافی هذا الخیار خیار المجلس

توضیح ذلك ان عدم تعقّل تقیّد حكم من الأحكام بسببه مسلّم لكنّه لا یثبت المطلوب لانّ مقتضاه عدم تقیّد الخیار بسببه و هو التأخیر و ذلك لا ینافی تقیّد اللّزوم بالتأخیر الّذی لیس هو سبب اللّزوم و (- ح-) فیكون معنی الخبر ان البیع لازم فی الثّلثة لعدم التضرّر بالتّأخیر فی الثّلثة و ذلك لا یمنع من ثبوت سبب أخر لعدم اللّزوم فی الثّلثة غیر التّأخیر و قال الشیخ الوالد العلّامة قدّس اللّه نفسه الزكیّة فی شرح هذه العبارة انّ ظاهر ما ذكره هو تسلیم انّ الحكم لا یتقیّد بالسّبب و تحریر الجواب بانّ ما نحن فیه خارج عن عنوان تلك القاعدة و علی هذا فلا بدّ و ان یكون نظره الی انّ الخیار لیس حكما و ان یكون قد اعتمد فی إفادة هذا المعنی علی تسلیم عدم تقیید الحكم بالسّبب و انّه لا یمنع من نفی الخیار (- اه-) حیث عبّر بلفظ الخیار و قابل بینه و بین الحكم و توضیحه انّ كلّا من أقسام الخیار كالخیار المضاف الی المجلس و غیره نوع من الحقّ مسبّب من سبب خاصّ و یجمع الكلّ جنس قریب هو الخیار امّا كونه حقّا فلكونه ممّا یورث كما صرّحوا به و امّا كون كلّ منها نوعا مغایرا للآخر فلاختصاص كلّ بأحكام لا تترتّب علی الأخر و علی هذا فیصحّ ان ینتفی شیء منها بانتفاء سببه و یوجد الأخر بوجود سببه و ما یعطیه كلام المستدلّ من كون الخیار حكما انّما نشأ من مشابهة كلّ منها للآخر من حیث الاندراج تحت ذكر الجنس القریب الّذی هو الخیار ثمّ قال (- قدّه-) فان قلت قد تكرّر فی كلام (- المصنف-) (- ره-) احتمال انّ العقد سبب الخیار و علی هذا فلا یتعدّد سببه قلت سببیّة العقد لا تنافی اعتبار انضمام شرط الیه فهو فی خیار المجلس عبارة عن بقاء المجلس و فی خیار الشّرط عن ذكر الشّرط و فی خیار الحیوان وقوعه علی الحیوان و هكذا فی غیر ذلك و معلوم انّ العقد باعتبار انضمامه إلی شیء من الشرائط غیره باعتبار انضمامه إلی الأخر هذا كلامه رفع مقامه و ما ذكره لا بأس به الّا جعله العقد سببا للخیار و ذلك ممّا لا ینبغی التفوّه به ضرورة انّ الخیار لیس من جهة العقد بل من جهة التّأخیر و الغبن و تخلّف الشرط و نحوها و انّما العقد محرز لموضوع یتوقّف علیه تأثیر السّبب كما هو ظاهر

قوله طاب ثراه و لا إشكال فی تصوّره من المالكین مع اتّحاد العاقد من قبلهما

قلت بل الظّاهر اختصاصه بهذه الصّورة و امّا لو كان وكیلا فی المساومة و القبض و الإقباض (- أیضا-) ففی ثبوت الخیار بتأخیر تسلیم المبیع من طرف الموكّل فی الشّراء من نفسه وكالة عن موكّله فی البیع تأمّل بل مقتضی أصالة اللّزوم بعد اختصاص النّصوص بصورة التعدّد هو عدم ثبوت خیار التأخیر (- ح-) فتأمّل

قوله طاب ثراه فإنّ المحكی عن الصّدوق (- ره-) فی المقنع انّه إذا اشتری جاریة فقال (- اه-)

قد افتی بذلك فی الفقیه أیضا علی ما حكی عنه

ص: ۹۳

قوله طاب ثراه ثمَّ انّ مبدء الثلاثة من حین التفرّق أو من حین العقد (- اه-)

قد افتی بکون مبدئه من حین التفرق فی المصابیح و خیارات الفقیه الغرویّ (- ره-) و الجواهر و غیرها مستظهرین ذلک من کلام الشیخین و السیّدین و القاضی و الدّیلمی و الحلّی و العلّامة فی (- لف-) و (- یر-) مستندین الی وجهین أحدهما دلالة الأخبار و فتوی الأصحاب و معقد إجماعهم علی لزوم البیع فی تمام المدّة و لو کانت من حین العقد لاشتملت علی خیار المجلس فینتفی اللّزوم فی المجموع بل الجمیع فی بعض الصّور کما إذا استمرّ المجلس ثلثة أیّام الثّانی ما أشار إلیه الماتن (- ره-) بقوله من ظهور قوله علیه السّلام فان جاء (- اه-) و قد قال فی المصابیح بعد التمسّک بهذین الوجهین انّه یتفارق الوجهان إذا اشترط فی العقد سقوط الخیار فیکون المدّة من العقد علی الأوّل لانتفاء المانع و من التفرّق علی الثانی لعموم المقتضی انتهی و أقول ما ذکره من افتراق الوجهین فی الأثر فی محلّه لکنّ أصل الوجهین مدخولان امّا الأول فلما مرّ آنفا من منع دلالة الأخبار و الفتاوی علی اللّزوم فی تمام المدّة من جمیع الجهات بل من جهة خیار التأخیر فقط فلا یتمّ ما ذکره و امّا الثانی فلما أشار إلیه (- المصنف-) (- ره-) بقوله و من کون ذلک کنایة (- اه-) و الّا ظهر انّ المبدء من حین العقد لظاهر الأخبار فإنّ الضّمیر فی قوله علیه السّلام ما بینه فی الأخبار یرجع الی الشّراء لانّه المذکور و امّا الافتراق فغیر مذکور فی الأخبار و لا مدلول علیه بقرینة فیتعیّن عوده الی الشّراء ای ان جاء بالثّمن ما بین الشّراء و بین ثلثة أیّام و الّا فلا بیع بینهما بقی هنا أمر لم یتبّه علیه الماتن (- ره-) صریحا و هو انّ هذا الخیار یختصّ بالبائع فلا یثبت للمشتری الخیار بتأخیر البائع إقباض المثمن عن الثلاثة کما نصّ علیه جماعة منهم المفید (- ره-) و علم الهدی و علّامة المصابیح (- ره-) و غیرهم بل نفی فی مفتاح الکرامة وجدان الخلاف فیه بل ادّعی فی الانتصار و المصابیح و تعلیق اللّمعة للغروی الإجماع علیه لاختصاص النّصوص و معاقد الإجماعات بالبائع فیرجع الی أصالة اللّزوم بالنّسبة إلی المشتری إذا أخّر البائع تسلیم المثمن نعم من اعتمد فی أصل المسئلة علی قاعدة الضّرر یلزمه التسویة بین البائع و المشتری لمساواتهما فی العلّة لکن قد عرفت فساد المبنی و علیه یتفرّع فساد ما فی مفتاح الکرامة من احتمال ثبوت الخیار للمشتری بتأخیر البائع تسلیم المبیع مقیّدا بما إذا لم یرض المشتری بالتّأخیر و لم یتمکّن من إجباره فإنّ فیه بعد اختصاص النّصوص بالبائع و عدم تمامیّة قاعدة الضّرر و دعوی السیّدین الإجماع علیه ما لا یخفی علی ذی مسکة

[فی مسقطات خیار التأخیر]

قوله طاب ثراه أحدها إسقاطه بعد الثلاثة بلا اشکال

لما مرّ فی وجه سقوط باقی الخیارات بالإسقاط من عموم ما دلّ علی سقوط الحقوق بالإسقاط

قوله طاب ثراه وجهان

قد جزم بالعدم فی المصابیح و مفتاح الکرامة و غیرهما من زبر الأواخر لاستصحاب الخیار بعد منع کون الإسقاط المذکور مسقطا لکونه إسقاطا لما لم یجب و هو غیر معقول کما فی نفقة الزّوجة

قوله طاب ثراه و من انّ العقد سبب الخیار (- اه-)

هذا احتجاج للقول بالسّقوط و ردّ لما ذکره من حجّة عدم السّقوط و توضیح الاستدلال انّ السّقوط هو مقتضی عموم ما دل علی سقوط الحقوق بالإسقاط بعد منع کون الإسقاط فی الثلاثة إسقاطا لما لم یجب لانّ السّبب و هو العقد قد حصل فیکفی فی الإسقاط و الفرق بینه و بین نفقة الزّوجة انّه حقّ واحد مستمرّ بخلاف نفقة الزّوجة فإنّها حقوق موزّعة علی الأزمنة و لکن الإنصاف سقوط هذا الاستدلال لانّ العموم انّما یفید سقوط الحقوق بالإسقاط و الحقّ هنا قبل الثّلثة لم یحدث بعد و کون العقد سببا ممنوع و انّما سبب هذا الخیار هو التأخیر فما لم یحصل التّأخیر لم یحصل السّبب فلا محل للإسقاط و توهّم افادة دلیل السّقوط بالإسقاط جواز الإسقاط قبل حصول السّبب (- أیضا-) جزاف من القول

قوله طاب ثراه مضافا الى فحوى جوازه (- اه-)

فيه انّ جواز اشتراط سقوطه فى العقد بمعنى سقوطه قبل حدوثه و هو حال العقد ممنوع و لو سلّم فالأولويّة ممنوعة كما لا يخفى على من تأمّل فيما به يدفع اشكال اشتراط سقوط الخيار فى ضمن العقد

قوله طاب ثراه و الّا فلننظر فيه مجال (- اه-)

وجه النّظر انّ الخيار الّذى سببه شيء متأخّر عن العقد لا معنى لاشتراط سقوطه حين العقد لانّه اشتراط السقوط ما لم يحدث سببه بعد و ذلك غير معقول نعم الخيار الّذى سببه العقد يمكن توجيه الإسقاط فيه بأنّه إنشاء لعقد لازم ليس سببا لذلك الخيار فالحقّ ان يفصل بين ان يشترط إسقاط خيار التّأخير بعد حصول سببه و بين ان يشترط سقوطه بنفسه بعد حدوثه و بين ان يشترط سقوطه الآن و بين ان يكون الغرض إنشاء عقد لازم ابدا غير متزلزل بالتّأخير ثلثة أيّام فيصحّ الفرضان الأوّلان و فى الرّابع وجهان و الصّحة غير بعيد و يبطل الثالث لكونه إسقاطا لما لم يوجد و توهّم انّه اولى من اشتراط التأجيل فى الثمن و الكلّ متسالمون على اختصاص هذا الخيار بما إذا لم يشترط التّأخير فعدم ثبوته فيما إذا أسقطه فى ضمن العقد اولى مدفوع بمنع الأولويّة لأنّه إذا اشترط الأجل تبدّل الموضوع و لم يكن المحلّ قابلا للخيار حتّى يكون من قبيل إسقاط ما لم يجب بخلاف المقام فتأمّل جيّدا

قوله طاب ثراه فانّ المصرّح به فى (- كرة-)

صرّح به فى (- عد-) (- أيضا-)

قوله طاب ثراه و قيل بعدم السّقوط

القائل صريحا هو العلّامة الطباطبائى (- ره-) فى المصابيح و هو الّذى احتمله فى محكى (- س-) بل فى المصابيح انه ظاهر الأكثر و علّل فى مفتاح الكرامة الاستظهار من الأكثر بأنّهم ذكروا انّ له الخيار و لم يتعرّضوا للإحضار و عدمه ثمّ أنصف و قال و ليس بتلك المكانة لأنّ الإطلاق فى كلامهم مسوق لشيء أخر

قوله طاب ثراه و امّا إذا استند فيه الى الضّرر (- اه-)

ما ذكره من البناء حسن لكن الكلام معه فى المبنى لمنع كون المستند فى ذلك قاعدة الضّرر لعدم تماميّتها كما عرفت سابقا مضافا الى انّ اخبار المسئلة مطلقات فإطلاقها يحكّم فى صورة عدم التضرّر ضرورة انّ قاعدة الضّرر عند عدم تضرّر البائع تكون ساكتة و الإطلاق ناطقا فيحكّم و مناقشة (- قده-) فى الإطلاق بدعوى الانصراف إلى صورة التضرّر ممّا لا وجه له ضرورة أنّ الانصراف لا يكون إلّا لغلبة الاستعمال الموجبة لعدم فهم العرف الشقّ الأخر من اللّفظ عرفا عند الإطلاق و ذلك فى محلّ البحث غير موجود بل غير معقول كما لا يخفى على المتأمّل مضافا الى انّ لازم ما ارتكبه هو عدم إثبات الخيار بعد الثلاثة إذا لم يتضرّر بالتّأخير حتى إذا لم يحضر المشترى الثمن و لا أظنّ انّ أحدا يلتزم بذلك و استفادة كون العلّة هو الضّرر و الاستناد الى ذلك من قبيل الأخذ بالعلّة المستنبطة و حيث انّه لا قطع بها كانت كالقياس بل قياسا

قوله طاب ثراه و دعوى انّ حدوث الضّرر (- اه-)

قال الشيخ الوالد العلّامة أنار اللّه برهانه انّ هذا عدول منه (- ره-) عمّا أورده على صاحب الرّياض (- ره-) فى مسئلة فوريّة خيار الغبن بما اعترف به ولده من احتمال ان يكون الضّرر علّة محدثة تكفى فى بقاء الحكم الى ما ذكره هناك بقوله الّا ان يدّعى انّه إذا استند الحكم الى الضّرر فالموضوع للخيار هو المتضرّر العاجز عن تدارك ضرره و هو غير متحقّق فى الزّمان اللّاحق

قوله طاب ثراه لانّه التزام فعلى بالبيع (- اه-)

(۱۱) فيه انّ أخذ الثمن التزام بالبيع المطلق لا البيع اللازم و دلالته

ص: ۹۴

على الرّضا بلزوم البيع ممنوعة و الّا لدلّ على ذلك فى خيار المجلس و غيره (- أيضا-) و التّالى فاسد فالمقدّم مثله نعم لو كشف فى مورد عن الرّضا بالبيع و إسقاط الخيار أوجب السّقوط

قوله طاب ثراه أو يكفى الظنّ فلو احتمل (- اه-)

قال الشيخ الوالد قدّس سره انّ معنى كفاية الظنّ فى هذا المقام بدلالة مقابلتها بقوله و هل يشترط افادة العلم هو اشتراط ما يعمّ الظنّ و يلزمه (- ح-) عدم كفاية ما دون الظنّ و بهذا الاعتبار فرّع عليها قوله فلو احتمل كون الأخذ بعنوان العارية أو غيرها لم ينفع و أراد بقوله أم لا يعتبر الظنّ (- أيضا-) انّه لا يشترط كما لا يشترط العلم

قوله طاب ثراه و خبر الوجوه أوسطها لكنّ الأقوى الأخير

قال والدى العلّامة أعلى اللّه مقامه امّا وجه كونه خيرا من الأوّل فهو القطع بعدم اشتراط العلم بخصوصه لما ذكره من كون الفعل مع افادة الظنّ الفعلى امارة عرفيّة على الالتزام و قد علمنا انّ الشّارع اعتبر الأمارات العرفيّة المعتبرة عند العقلاء فى مقاصدهم و امّا وجه كونه خيرا من الأخير فلكونه القدر المتيقّن من بين افراد ما كان رضا نوعيّا بالعقد و هذا لا ينافى كون الأخير هو أقوى منه من جهة قيام الدّليل على سقوط خيار الحيوان و الشّرط بما كان رضا نوعيّا و انّ أخذ الثمن من أوضح افراده و انّه لا يعتبر الظنّ الشخصى فى دلالة التصرّف على الرّضا

قوله طاب ثراه و غيرها

كالقواعد و (- مع صد-) و (- لك-) و (- الروضة-)

قوله طاب ثراه للأصل

أراد به استصحاب الخيار مع فقد المسقط شرعا و ردّ بانّ الرّضا و الالتزام بالبيع مسقط شرعى و قد حصلت الأمارة العرفيّة الدّالة عليه فيسقط به و يسقط بذلك الاستصحاب لحكومة أدلّة الأمارات على الاستصحاب لازالة الأمارة بسبب تنزّلها منزلة اليقين للشكّ المأخوذ فى موضوع الاستصحاب

قوله طاب ثراه و يحتمل السّقوط

قد استظهر القول به فى مفتاح الكرامة من الانتصار و المقنعة و (- يه-) و (- ف-) و المراسم و جواهر القاضى و الغنية و (- ئر-) و غيرها نظرا إلى أنّهم خيّروا البائع بين الفسخ و المطالبة بالثّمن و قابلوا بينهما فدلّ على سقوطه عندهم بالمطالبة هذا و ربّما ذكر بعضهم انّه على القول بفوريّة هذا الخيار يتعيّن القول بالسّقوط لاستلزامه التّأخير و ردّ بمنع إخلال مثل ذلك بالفوريّة لأنّ المراد بها العرفيّة أو يفرض فى مقام لا يعلم بالخيار و قلنا انّ ذلك عذر لا يسقط به الخيار بناء على الفوريّة

قوله طاب ثراه و فيه انّ سبب الخيار و التضرّر فى المستقبل (- اه-)

قد عرفت فيما مرّ انّ هذا الخيار تعبّد صرف و ان سببه التّأخير فما ذكره (- قدّه-) غير واضح

[خيار التأخير على الفور أو التراخى]

قوله طاب ثراه قولان

فى عدّهما قولين نظر فانّ القول بالتّراخى هنا هو ظاهر العلّامة فى (- كرة-) و صريح الشهيد (- ره-) فى قواعده و اختاره فى المصابيح (- أيضا-) و امّا الفور فقد نفى فى المصابيح و تعليق اللّمعة للفقيه الغروىّ و الجواهر وجدان القائل به و نفى فى مفتاح الكرامة وجدان المصرّح به و لعلّ الماتن (- ره-) عثر على ما لم يظفروا به

قوله طاب ثراه فتأمّل

احتمل الشيخ الوالد أعلى اللّه تعالى درجته كون الأمر بالتأمّل إشارة الى انّ قرب نفى اللّزوم رأسا إلى نفى الحقيقة اعتبارىّ لا عرفىّ و المعتبر انّما هو الثّانى دون الأوّل و ذلك لانّ أهل العرف لا نصيب لهم من تمييز نفى اللّزوم رأسا عن نفيه على وجه الفور ثمّ انّه (- قده-) قال و لكنّ الأظهر انّه اشارة إلى دفع هذا الاحتمال نظرا الى انّ ما ليس لهم فيه حظّ انّما هو نفس عدم اللّزوم الصّالح لان يكون على وجه الاستبراء و ان يكون على وجه الانقطاع و امّا ما يرجع الى توجيه النفى إلى مدخولة باعتبار نفى الذّات أو الصّيفة أىّ صفة كانت من صفات المدخول فذلك ممّا لا ملجأ فيه الّا أهل العرف و ما نحن فيه من هذا الباب ثمّ قال طاب ثراه و يؤيّد عدم كون الأمر بالتأمّل لتوهين ما عقّب به بيان ما يترتّب على إهمال النصّ مصدّرا بفرض الإهمال و معقّبا بتعليل حاصل المقال على نحو التّرديد بين ظهور النّص و بين الاستصحاب

[لو تلف المبيع بعد الثلاثة كان من البائع]

قوله طاب ثراه إجماعا مستفيضا بل متواترا كما فى الرّياض (- اه-)

ادّعى الإجماع فى (- ف-) و الانتصار و (- ئر-) و (- عد-) و التّنقيح و المهذّب البارع و الرّياض و المستند و كشف الظّلام و محكى جامع الشّرائع و كشف الرّموز و (- س-) و المقتصر و إيضاح (- فع-) و غاية المرام و غيرها و استظهر عدم الخلاف فيه فى (- ئق-) و صرّح بعدم الخلاف فيه فى (- لف-) و الإيضاح و الكفاية و تعليق اللّمعة للغروىّ و الجواهر و غيرها و ظاهر (- لك-) (- أيضا-) عدم الخلاف فيه حيث خصّ الخلاف بما قبل الثّلثة

قوله طاب ثراه و القاعدة المجمع عليها

عطف على قاعدة الملازمة أى قد يعارض النّبوى بالقاعدة المجمع عليها و هذه المعارضة قد صدرت من المحقّق الورع الأردبيلى (- ره-) حيث قال بعد تعليل الحكم بالنّبوى ما لفظه لكن قد تقرّر عندهم (- أيضا-) انّه إذا تلف المال فى زمن الخيار فهو من مال من لا خيار له و إن كان لهما الخيار فتلف المبيع من البائع و الثمن للمشترى و ذلك يقتضى كون التّلف بعدها من المشترى ثمّ أجاب (- قدّه-) بقوله الّا ان يقال انّ ذلك بعد القبض أو يقال ببطلان البيع (- ح-) كما هو مذهب البعض و مدلول الأخبار انتهى و قد أخذ الجواب الأوّل منه فى المصابيح و مفتاح الكرامة و كشف الظّلام و غيرها حيث أجابوا باختصاص القاعدة الثّانية بالمقبوض كما هو معلوم من قواعدهم و امّا غيره فمن البائع (- مط-) سواء كان فى زمن الخيار أو بعده أو قبله و زاد فى الأخيرين الجواب بوجه أخر و هو اختصاص ما ذكر بالتالف فى زمن الخيار أى فى هذه الصّورة الخاصّة فلو أسقط البائع خياره كان التلف عليه و القاعدة الأولى جارية فى جميع الصّور و زاد الماتن (- ره-) الإشارة إلى وجه ثالث و يأتى تنقيح دفع المنافاة فى أحكام الخيار عند الكلام فى القاعدة

قوله طاب ثراه فالمشهور كونه من مال البائع (- أيضا-)

(۱۱) هذا القول هو خيرة (- ف-) و (- ية-) و (- ئر-) و (- عد-) و (- شاد-) و (- كرة-) و (- لف-) و الإيضاح و (- مع صد-) و اللّمعتين و (- لك-) و الرّياض و المصابيح و المستند و الكفاية و محكى التبصرة و (- ئر-) و (- س-) و شرح (- شاد-) للفخر و المقتصر و غاية المرام و كشف الرّموز و إيضاح (- فع-) و تعليق (- شاد-) و الميسيّة و غيرها و هو المنقول عن القاضى بل فى المستند انّه الأشهر و فى (- لك-) و محكى (- س-) و غاية المرام و تعليق (- شاد-) انّ عليه الأكثر و فى غاية المراد و (- مع صد-) و (- ئق-) و المصابيح و مفتاح الكرامة و كشف الظّلام و تعليق اللّمعة للغروىّ و غيرها انّه المشهور بين الأصحاب و فى الرّياض انّه قد استقرّ رأى المتأخّرين عليه

قوله طاب ثراه و عن الخلاف الإجماع عليه (- اه-)

(۱۲) قد تقدّمت عبارة (- ف-) الدّالّة على ذلك فى صدر الكلام على خيار التّأخير و مثلها عبارة الانتصار المزبورة هناك

قوله طاب ثراه خلافا لجماعة (- اه-)

(۱۳) مختار هـذه الجماعـة هو كون التّلف من مال المشترى و نسـبة ذلک الى المفيـد و ابن زهرة فى محلّه لتصـريحهما فى المقنعـة و الغنية بذلک بل ادّعى الإجماع عليه فى الغنية و امّا نسـبته الى السـيّد المرتضـى فلعلّ المراد بها اختياره لذلک فى غير الانتصار ضرورة صراحـة عبـارة الانتصار المشار إليها فى اختيار القول الأوّل و قـد اختار هـذا القول فى المراسم و حکى عن ابى الصّلاح (- أيضا-) و ربّما خطأ جمع من الأواخر منهم علّامة المصابيح و سيّد مفتاح الكرامة

ص: ۹۵

و المحقّق الفقيه الغرویّ (- قدّهم-) الشيخ احمد بن فهد (- قده-) فی المهذّب البارع فی نسبة القول الی سلّار و ابی الصّلاح و هو فی محلّه و ربّما عزی فی (- كرة-) هذا القول الى الشيخ (- ره-) و خطأه فی مفتاح الكرامة و لعلّه فی غير محلّه لان موافقته للمشهور فی (- يـة-) و (- ف-) لا ينافی ذهابه الی هـذا القول فی كتاب أخر وقف عليه العلّامة (- ره-) و لم يقف عليه السيّد (- قدّه-) هذا و فی المسألة قول ثالث لم يتعرّض له الماتن (- ره-) اختاره ابن حمزة فی الوسيلة و هو انّه من ضمان البائع الّا ان يكون البائع عرض التّسليم على المبتاع و لم يتسلّم المبتاع فيكون التّلف من المشترى حينئذ و لا موافق له فی ذلك كما قيل لكن ربّما مال فی مفتاح الكرامة إلى جعله موافقا للقول المشـهور حيث قال انّه فی (- ثر-) قيّده بما إذا لم يمكّنه من قبضه و قـد عرفت ما أسـلفناه عن (- ثر-) من اشتراطه عدم التمكين فی أصل خيار التّأخير و على اعتبار ما فی (- ثر-) و ما فی (- ير-) يكون صاحب الوسـيلة موافقا للمشـهور لانّه قال و ان تلف المبيع كان من ضـمان البائع و إن كان بغير تفريط منه الّا ان عرض للتّسـليم و لم يتسلّم المبتاع فعبارته مطلقة غير مقيّدة بكونه فی الثّلثـة كما فهمه (- المصـنف-) (- ره-) فی (- لف-) ثمّ قال ای فی مفتاح الكرامـة و الوجه فيها تنزيل التمكين منزلـة القبض فی نقل الضّـمان و مقتضـى ذلك انّ المشترى يضـمن عنده (- مط-) سواء كان التعذّر فی الثّلثة أو فيما بعد فلا معنى لتخصـيص التّلف بكونه فی الثّلثـة كمـا فی (- لف-) و تنزيل التمكين منزلـة النّقل مـذهب الشـيخ (- ره-) و جماعـة حتّى انّه فی (- ف-) ادّعى عليه الإجماع فينقدح إشـكال فی إطلاق الأكثرين القول بضمان البائع فی الثلاثة كما يشكل إطلاق الجميع القول بضمانه فيما بعدها بناء على ثبوت إجماع (- ف-) و الّا انحصـر الإشكال فيمن قال بانّ التّمكين كالنّقل و لا يندفع الّا باشتراط عدم التّمكين فی أصل الخيار أو تخصيص محلّ النّزاع بما إذا لم يكن هناك تمكين و بذلك يتّضح انّ ما فی الوسيلة موافق للمشهور و انّ نسبة الخلاف إليها لم تصادف مخرّها و الوهم أوّل مـا نشـأ من (- المصـنف-) فی (- لف-) و ولـده و الشّـهيد الأـوّل انتهى ما فی مفتاح الكرامـة و سـبقه فی ذلك صاحب المصابيح و عليك بالتدبّر فيه

قوله طاب ثراه و هو مع قاعدة ضمان المالك لماله يصلح حجّة لهذا القول

أقول قـد وقع الاحتجاج لهـذا القول بوجوه الأوّل إجماع الغنية و جوابها ما أشار إليه (- المصـنف-) (- ره-) بقوله و الإجماع معارض يعنى بإجمـاع (- ف-) و الانتصـار بـل موهون يعنى لمخـالفته الأـكثر الثّانی قاعـدة ضـمان المالـك لمـاله و فيه مـا فی المتن من انّها مخصوصـة بما إذا كان المال المشترى مقبوضا للمالك و امّا قبل القبض فالضّـمان على البائع بحكم القاعدة الثّالث ما يقرب من سابقة من انّه مـال انتقـل إلى المشـترى بنفس العقـد و منع البـائع إيّاه من التصـرّف فيه لمصـلحته ذكر ذلـك فی (- لف-) ثمّ أجاب بمنع الملازمة بين انتقاله اليه و كون الضّمان على البائع قلت مضافا الی ثبوت الملازمة بين عدم القبض و بين كون ضمانه على البائع بحكم القاعـدة و الی انتقاض ذلك بالتّلف بعد الثّلثة فما وجه الفرق بينهما نعم ربّما تصدّى فی غاية المراد لتوجيه مسـتند المفيد (- ره-) بما يصـير فارقـا بين الصّورتين حيث قـال قال المفيـد لانّ العقـد ثبت بينهما عن تراض منهما بخلاف ما بعـد الثلاثـة لأنّ البائع أحقّ به قلنا الظـاهر انّه أراد لمـا ثبت العقـد النّاقـل للملك و لا خيرة للبائع فيه بل هو ممنوع به لحقّ المشترى صار كالمودّع بخلاف ما بعـدها فإنّه إمساك لنفسه لثبوت الخيار له (- ح-) عند جماعة و لبطلان البيع كظاهر كلام ابن الجنيد و الشّيخ (- ره-) و هو فی صحيحة علیّ بن يقطين عن ابی الحسن عليه السّلام و فی رواية زرارة عن الباقر عليه السّلام بخلاف صورة قبض الثمن و شبهها لانتفاء خيار البائع انتهى كلامه على مقـامه و أنت خبير بما فيه لأنّا نتكلّم هنا على القول بالخيار دون القول بالبطلان و (- ح-) فكون الإمساك للمشترى أو له لاـ يكون فارقا مع انّا نمنع كون الإمساك بعـد الثلاثـة له (- مط-) بل إذا لم يرض بالعقـد و الّا كان للمشترى (- أيضا-) فما باله أطلق كون الضّـمان بعـد الثلاثـة على البائع و بالجملـة فالتعلّق بأمثال هـذه الوجوه الاعتباريّـة فی قبال القاعدة لا وجه له الرّابع ما فی المهذّب البارع من انّه لو حصل له نماء كان للمشترى فيلزم ان يكون التّلف عليه لانّه عليه السّلام قال الخراج بالضّمان و فيه انّ الملازمة ممنوعة و الخبر غير ثابت الحجّية و لو سلّم فلا يقاوم القاعدة المسلّمة المشار إليها

قوله طاب ثراه فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقّه (- اه-)

يعنى انّ المشترى ضامن لحقّ صاحب المال حتّى يردّ المشترى الى صاحب المال حقّه اى الثمن الّذى يستحقّه

قوله طاب ثراه و هو الأقوى

لا يخفى عليك انّ هذا القول بما قال به ابن حمزة فيما مرّ من التّفصيل بين عرض التّسليم و عدمه بكون الضّمان على الأوّل على المشترى و على الثانى على البائع

قوله طاب ثراه قال فى (- يه-) (- اه-)

أراد بنقل ذلك الإشارة إلى انّه ربّما يظهر من (- يه-) خلاف ما تقتضيه القاعدة و استقرت عليه الفتوى من انّه لو قبض المشترى المبيع ثمّ تلف كان من المشترى سواء كان فى الثّلثة أو بعدها و قال الشيخ الوالد العلّامة أنار اللّه تعالى برهانه انّ هذا الكلام ليس مرتبطا بما قبله من مسئلة إسقاط تمكين البائع من القبض ضمانه و انّما هو مرتبط بأصل المسئلة و الغرض من ذكره تفسيره بما يوجب سقوط ما أورده العلّامة (- ره-) عليه و لكنّك خبير بانّ التقييد فى الفقرة الأولى بكون الهلاك قبل القبض و فى الفقرة الثانية بكونه بعد القبض يوجب صراحة الفقرة الثالثة فى العموم لصورتى وقوع الهلاك قبل القبض و بعده خصوصا مع التقييد فيها بقوله على كلّ حال و كون الحكم مخالفا للإجماع لا يصير دليلا على عدم غفلة الحاكم به عن الإجماع و (- ح-) فيكون التّعليل (- أيضا-) مخالفا للإجماع و هذا هو الّذى شجّع العلّامة (- ره-) على الإيراد على الشّيخ (- ره-) ضرورة انّ كون الحكم مخالفا لمذهب المورد لا يسوغ الإيراد على من حكم بخلاف مذهبه

قوله طاب ثراه مناف لتعليل الحكم بعد ذلك بقوله لانّ الخيار له بعد الثّلثة أيّام (- اه-)

لم افهم معنى هذا التعليل لانّ مقتضى كون الخيار له بعد الثلاثة هو كون التّلف من مقابله لقاعدة انّ ما تلف فى زمان الخيار فهو ممّن لا خيار له الّا ان يريد بالخيار بطلان العقد كما هو احد قوليه لكنّه بعيد و بالجملة فالتعليل لا يكاد يفهم معناه و العجب من الماتن (- ره-) و المحشّين حيث انّهم لم يتبهوا على ذلك و لعلّ القصور منّى

[فى خيار ما يفسد ليومه]

قوله طاب ثراه كما فى مرسلة محمّد بن أبى حمزة

أشار بذلك الى ما رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن محمّد بن يحيى عن محمّد بن احمد عن يعقوب بن يزيد عن محمّد بن أبى حمزة أو غيره عمّن ذكره عن أبى عبد اللّه عليه السّلام أو أبى الحسن (- ع-) فى الرّجل يشترى الشىء الّذى يفسد من يومه و يتركه حتّى يأتيه بالثمن قال ان جاء فيما بينه و بين اللّيل بالثّمن فيها و الّا فلا بيع له و روى الشيخ الحرّ العاملى (- ره-) فى وسائل الشيعة عن الصّدوق (- ره-) بإسناده عن ابن فضّال عن ابن رباط عن زرارة عن أبى عبد اللّه عليه السّلام فى حديث قال العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطّيخ و الفواكه يوم الى اللّيل و ظاهر عبارة الفقيه كون ما نسبه إليه فى الوسائل فى محلّه لانّه قال بعد إيراد صحيحى زرارة المزبورة فى خيار التّأخير ما لفظه و فى رواية أخرى عن ابن فضّال عن الحسن بن علىّ بن رباط عمّن رواه عن

ص: ۹۶

ابی عبد اللّه علیه السّلام قال ان حدث بالحیوان حدث قبل ثلثة أیّام فهو من مال البائع و من اشتری جاریة و قال للبائع أجیئک بالثمن فان جاء ما بینه و بین شهر و الّا فلا بیع له و العهدة فیما یفسد من یومه مثل البقول و البطّیخ و الفواکه یوم الی اللّیل انتهی لکن العلّامة المجلسی الأوّل کتب فی شرح قوله و من اشتری جاریة انّه من کلام (- المصنف-) (- ره-) یعنی الصّدوق (- ره-) و لم افهم من این استفاد ذلک و کیف کان فالخبر المزبور و إن کان مرسلا الّا ان تلقّیهم له بالقبول یجبره ففی المصابیح و مفتاح الکرامة و تعلیق اللّمعة و غیرها انّه منجبر بعمل الأصحاب و فی محکی کشف الرّموز لا اعرف فیها مخالفا و فی المهذّب البارع و محکی المقتصر و غایة المرام انّ علی الرّوایة عمل الأصحاب بل فی الغنیة و المصابیح الإجماع علیه فلا عذر فی ترک الرّوایة و الکلام فی دلالتها علی الخیار للبائع هو الکلام فی دلالة الأخبار المتقدّمة فی خیار التّأخیر حرفا بحرف فیلزم القائل بالخیار هناک للأخبار القول به هنا للرّوایة و القائل ببطلان البیع هناک للأخبار القول به هنا للرّوایة من غیر فرق

قوله طاب ثراه و یدلّ علیه قاعدة نفی الضّرر (- اه-)

قد عرفت فیما تقدّم عدم تمامیّة دلالة قاعدة الضّرر علی الخیار لانّ الضّرر کما یرتفع بالخیار فکذا یرتفع ببطلان البیع و لا معیّن لأحدهما فتأمّل مضافا الی ما فی المستند من انّه ان أرید ضرر المشتری فهو ممّا أقدم بنفسه علیه حیث ترکه و لم یأخذه مع انّ البیع من قبله ممکن و ان أرید ضرر البائع فهو انّما یکون لو جعلنا الفاسد من ماله و لکن لو قلنا انّه من مال المشتری فلا ضرر علیه و کون التّلف قبل القبض من مال البائع (- مط-) حتّی فیما کانت العین باقیة و ان فسدت غیر ثابت و لو سلّم فالضّرر انّما هو من الحکم بکون التلف قبل القبض من البائع لا من الحکم باللّزوم إذ مقتضی اللّزوم کون التلف من المشتری فلا ضرر لأجله علی البائع فالحکم الموجب للضّرر کون التّلف من البائع فلو اثّر نفی الضّرر لأثّر فی رفع هذا الحکم دون اللّزوم ثمّ قال و لنعم ما قال انّ التّحقیق انّ کون التّلف قبل القبض علی البائع نوع من الضّرر فدلیله أخصّ (- مط-) من أدلّة نفی الضّرر فیجب تخصیصها به و لکون الضّرر الحاصل فی المقام من افراد هذا النوع فلا یکون منفیّا فی الشرع و لا داخلا تحت أدلّة نفی الضّرر فلا وجه للاستدلال بها فی المقام انتهی کلامه علا مقامه و هو کلام موجّه متین

قوله طاب ثراه نعم عبارات جماعة من الأصحاب لا تخلو من اختلال فی التعبیر

أقول قد اختلفت عبارات الأصحاب فی المقام من جهات و توضیح ذلک یتوقّف علی إیراد جملة من عبائرهم ثمّ الأخذ فی استفادة المطلوب منها فعبارة (- یة-) و (- ئر-) و الوسیلة مذکورة فی المتن و قال فی الغنیة بعد بیان خیار التّأخیر ما نصّه هذا إذا کان المبیع ممّا یصحّ بقائه فان لم یکن (- کک-) کالخضراوات فعلیه الصّبر یوما واحدا ثمّ هو بالخیار علی ما بیّناه انتهی و قال فی (- کرة-) لو کان المبیع ممّا یسرع الیه الفساد کالفواکه و شبهها ممّا یفسد لیومه فالخیار فیه الی اللّیل لانّ الصّبر أکثر من ذلک یؤدّی الی تضرّر المشتری لو أبقیت السّلعة و طولب بالثّمن و الی تضرّر البائع لو لم یطالب انتهی و قال فی (- عد-) لو اشتری ما یفسد لیومه فالخیار فیه الی اللّیل انتهی و قال فی (- شاد-) و الخیار فیما یفسد الی اللّیل فان جاء بالثّمن و الّا فالبائع أحقّ به انتهی و قال فی (- فع-) و لو اشتری ما یفسد من یومه ففی روایة انّه یلزم البیع الی اللّیل فان لم یأت بالثمن فلا بیع له انتهی و قال فی اللّمعة الخامس خیار ما یفسد لیومه و هو ثابت بعد دخول اللّیل انتهی الی غیر ذلک من عبائرهم الّتی یکلّ عن استیفائها القلم و أنت إذا تأمّلت فیها ظهر لک انّ الاختلاف فیها تارة من حیث مدّة الخیار و اخری من حیث مبدئه و ثالثة من حیث منتهاه فان صریح (- یة-) انّ الخیار یوم و لازمه کون مبدئه من أوّل النّهار و منتهاه أخره و هو الّذی یفیده قول العلّامة (- ره-) فی (- عد-) و (- شاد-) و (- کرة-) الخیار الی اللّیل و من هنا قال فی مفتاح الکرامة فی شرح عبارة (- عد-) المزبورة انّ ظاهره انّ اللیل غایة للخیار کما هو ظاهر (- یة-) و (- ئر-) و (- شاد-) و (- یر-) و التّبصرة و (- کرة-) و الإیضاح انتهی و لازم من جعل الخیار یوما کون المبدء من حین العقد إذ لیس غیره و ظاهر (- یع-) و (- فع-) و اللّمعة انّ المبدء من أوّل اللّیل ساکتین عن منتهاه و ظاهر من جعل الخیار الی اللّیل انّ اللّیل غایة للخیار لا مبدء

له و قال فی المصابیح انّه اختلفت عباراتهم فی تأدیة المراد بعد الإجماع علیه ففی الفقیه و (– یه–) و (– ئر–) و الوسیلة و الغنیة و الجامع و النزهة و التحریر و التبصرة تقدیر المدّة بیوم و فی الشّرائع و (– فع–) و (– کرة–) و (– عد–) و (– شاد–) و اللّمعة امتدادها الی اللّیل من دون تعرّض للمبدء و التحدید باللّیل مشترک بین الجمیع لکنّه قد جعله فی (– یه–) و (– ئر–) و کتب العلّامة (– ره–) غایة للخیار و فی غیرها مبدأ له کما فی النّص و یجب ردّ الأوّل إلیه لوضوح المراد و ان بعد التّأویل انتهی و علی منواله نسج اتباعه کسیّدنا فی مفتاح الکرامة و الفقیه الغرویّ فی تعلیق اللّمعة بل زاد الثّانی دعوی تحصیل الإجماع علی اللّزوم الی اللّیل من طرف البائع انتهی و أقول الذی یقتضیه التدبّر فی کلماتهم هو توافقها؟؟؟ علی اللزوم الی اللّیل فانّ الشیخ (– ره–) فی (– یه–) و ان جعل الخیار یوما الظّاهر فی کون أوّل اللّیل منتهی الخیار الّا انّ قوله فان جاء المبتاع (– اه–) بقرینة مقابلته بقوله و الّا فلا بیع له قرینة واضحة علی کون مبدء عدم البیع له المفسّر عندهم بعدم لزوم البیع له الّذی هو الخیار هو أوّل اللّیل و انّ الخیار فی صدر الکلام أرید به غیر معناه و امّا عبارة الغنیة فلیس فیها ما یدلّ علی تزلزل البیع قبل اللّیل بل هی دالّة علی اللّزوم فی الیوم و التّزلزل بعده و هو اللّیل و امّا عبارة (– ئر–) فالحال فیها هی الحال فی عبارة (– یه–) و امّا عبارة (– کرة–) فقوله فیها الی اللّیل و إن کان ظاهرا فی کون أوّل اللّیل منتهی الخیار لکن قوله لانّ الصّبر أکثر من ذلک (– اه–) المفید للزوم الصّبر فی النهار قرینة علی کون المراد بالخیار غیر معناه المصطلح و بقرینته تظهر الحال فی عبارة (– عد–) (– أیضا–) و امّا عبارة (– شاد–) فالقرینة فیها فان جاء بالثمن و الّا فالبائع أحقّ به و امّا عبارة (– فع–) فواضحة و کذا عبارة اللّمعة و ربّما جعلها بعضهم أحسن العبارات و لیس (– کک–) لانّ الخبر غیر دالّ علی الخیار کما مرّ و انّما الأحسن ما فی الشّرائع حیث عبّر بمضمون الرّوایة من غیر تغییر ثمّ انّه ربّما أورد جمع من الأواخر منهم علّامة المصابیح (– قدّه–) فی ما عدا عبارة (– س–) الإشکال من وجهین الأوّل انّ الغرض من الخیار دفع الضّرر بفسخ البیع قبل فساد المبیع و إن کان ممّا یفسد لیومه کما هو المفروض وجب ان یکون الخیار قبل اللّیل لیتأتّی للبائع فسخه (– کک–) الثّانی انّ البیع یقع فی طرفی النهار و فی الأثناء کما هو الغالب و ربّما اتّفق لیلا مع انقطاع السّوق و امتداده و التحدید بالیوم اعنی النّهار کلّه من طلوع الفجر أو الشمس الی الغروب أو ببعض الیوم لا یطّرد فی جمیع الأزمنة الّتی یقع فیها البیع لانّ التّحدید إن کان بکلّ النّهار خرج عنه ما إذا وقع البیع فی أثنائه أو فی اللّیل و إن کان ببعض النهار خرج منه ما إذا وقع البیع فی اللّیل و الحمل علی مقدار الیوم خروج عن ظاهر النصّ و الفتوی و لا یتأتّی معه دفع الضّرر بالفسخ قبل فساد المبیع فی الأکثر و انّما قصّروا الإشکال علی غیر عبارة (– س–) لانّه قال خیار ما یفسده المبیت و هو ثابت للبائع عند انقضاء النّهار و الأقرب اطّراد الحکم فی کلّ ما یتسارع الیه الفساد عند خوف ذلک و لا یتقیّد باللّیل انتهی فإنّ

ص: ۹۷

الإشکال الأوّل انـدفع عنه بفرضه فیما یفسده المبیت و الإشکال الثانی بطرده الحکم فی کلّ ما یتسارع الیه الفساد عند خوف ذلک و من هنا قال فی المصابیح انّه لقد أجاد الشهید (- ره-) فی (- س-) حیث حمل النصّ علی ما یفسده المبیت نظرا الی الغالب فی نحو الخضر و الفواکه و اللّحوم و الألبان و الیوم فیه علی ما یشمل اللّیلة فإنّه استعمال شائع مراد فیما هو أصل لهذا الحکم و اثبت الخیار فیما هو (- ککک-) عند اقتضاء النّهار و ردّ ما سواها الی ما یقتضیه الأصل و حدیث الضّرار و دلالة الإیماء انتهی و لذا مال جمع من المتأخّرین و متأخّریهم إلی إثبات الخیار فی کلّ ما یفسد عند خوف فساده یوما کان أو نصف یوم أو یومین و هکذا و أوّل من صدر ذلک منه الشّهید (- ره-) فیما مرّ من عبارة (- س-) و الفاضل المقداد فی التنقیح حیث قال التحقیق انّ الفساد الی اللّیل لیس ضابطا بل الی ان یشرف علی الهلاک انتهی و قوّاه المحقّق الثانی و استحسنه الشهید الثانی و استجوده غیره من الأواخر کسیّدنا فی المصابیح و مفتاح الکرامة و کاشف الظّلام و الفقیه الغرویّ و غیرهم مستندین الی حدیث نفی الضّرر و دلالة الإیماء قال فی المصابیح و مقتضی ذلک ثبوت الخیار فی غیر مورد النصّ عند خشیة فساده (- مط-) فلو کان ممّا یتسرّع الیه الفساد فی بعض یوم فالخیار فیه قبل اللّیل و لو کان ممّا لا یفسد فی یوم تربّص به البائع إلی خوف فساده فیتخیّر حینئذ و ان مضی علیه یومان و أکثر و احتمل العلّامة (- ره-) فی هذا انتظار اللّیل لورود التّحدید به شرعا و یضعّف بما ذکر بانّ مورد النصّ الفاسد لیومه و لیس هذا منه فیستمرّ فیه اللّزوم الی خوف الفساد بمقتضی الأصل السّالم عن المعارض انتهی و علی منواله نسج فی مفتاح الکرامة و زاد علی ذلک قوله و بیانه انّ الأشیاء منها ما یفسده المبیت و هو الغالب الکثیر و هو الّذی ورد النصّ فیه و منها ما یفسد لیومین أو أکثر و هذان قلیلان و قد أومی إلیهما النصّ إیماء فکأنّه قیل فی الخبر انّ الأشیاء التی یفسدها المبیت غالبا و هی الغالبة الکثیرة یلزم البیع فیها فی النّهار سواء بیعت فی أوّله أو فی أثنائه فإذا جاء اللّیل ثبت فیها الخیار سواء فسدت فی أثناء اللیل أو فی أخره لأنّه ممّا یفسدها المبیت أو یقلّل الرّغبة فیها کما یقال هذا اللّحم بائت و هذا العنب بائت و نحو ذلک و بذلک یندفع عن الخبر و کلام قدماء الأصحاب کلّ اعتراض و وصمة و لیس فیه الّا حمل الیوم علی ما یشمل اللّیلة و هو فی ذاته شائع و مراد فی المقام لمکان التّعارف فی ذلک إذ المراد من النصّ ما یفسده المبیت کما تلهج به النّاس فیکون حکم هذا النوع مستفادا من النصّ و النّوعان الآخران مستفادان من دلالة الإیماء انتهی و أنت خبیر بما فیما ذکروه من النّظر و المناقشة امّا دفع الإشکال بما مرّ فلا یلائم الخبر و التّأویلات الّتی ارتکبوها لا شاهد علی شیء منها و دلالة الإیماء ممنوعة نعم تنقیح المناط لا بأس بالتمسّک به ضرورة وضوح عدم مدخلیّة خصوص ما یفسد لیومه فتأمّل و امّا تسریة الحکم الی غیر مورد النصّ بمؤنة قاعدة الضّرر ففی غایة السّقوط بعد ما مرّ من عدم تمامیّتها

قوله طاب ثراه فانّ المراد بالعهدة عهدة البائع

المراد بها انّ علیه الصّبر و حفظ المبیع للمشتری

قوله طاب ثراه و لازم قول الأخر هناک جریانه هنا

المراد بالقول الأخر ما نسبه فی المسئلة الأخیرة من مسائل خیار التّأخیر إلی جماعة من القدماء منهم المفید و السیّدان و هو القول بکون التّلف من مال المشتری

قوله طاب ثراه ثمّ انّ المراد بالفساد فی النصّ و الفتوی لیس الفساد الحقیقی (- اه-)

قد حکی عن (- س-) و کنز الفوائد للعمیدی و تعلیق (- شاد-) للکرکی التّصریح بانّ الفساد أعمّ من التّلف لغة و عرفا فیکفی فیه تغییر العین و نقص الوصف و ان لم یبلغ حدّ التّلف ثمّ هل ینزّل فوات السّوق منزلة الفساد احتمله الشهید (- ره-) للزوم الضّرر بنقص السّعر و استشبه فی المصابیح و مفتاح الکرامة العدم اقتصارا فیما خالف الأصل علی المتیقّن و أقول العدم و إن کان حقّا لکن یلزم علّامة المصابیح و سیّد مفتاح الکرامة و غیرهما الالتزام بالتّنزیل منزلة الفساد لأنّهما کغیرهما من الأواخر اعتمدوا علی قاعدة الضّرر فی أصل المسئلة و فروعها فما بالهم أعرضوا عنها هنا

[السادس خيار الرؤية]

اشارة

قوله طاب ثراه و المستفيض (- اه-)

صفة لموصوف محذوف اى المنقول المستفيض و قد صدر نقل الإجماع من كاشف الغطاء فى شرحه على (- عد-) و ولده فى تعليق اللّمعة و فاضل المستند و سيّدنا فى مفتاح الكرامة و استظهر الإجماع كاشف الظّلام (- أيضا-) و استظهر عدم الخلاف فيه بيننا فى مجمع الفائدة و ادّعى الاتّفاق عليه فى (- ئق-) و نفى الخلاف فيه فى الرّياض و فى الكفاية انّه كأنّه لا خلاف فيه لكن سيأتى من الماتن (- ره-) نقل الخلاف فى ذلك عن المفيد (- ره-)

قوله طاب ثراه و استدلّ عليه (- أيضا-)

قد استدلّ عليه بوجه أخر و هو انّ الخيار يثبت فى المبيع المعيب و هذا مثله و فيه انّ ثبوت الخيار هناك لا يقتضى ثبوته هنا لانّ الظّهور على خلاف الوصف غير العيب الّذى هو الزّيادة أو النّقصان عن الخلقة الأصليّة و القياس ليس من مذهبنا

قوله طاب ثراه منها صحيحة جميل (- اه-)

قد رواها الشيخ (- ره-) بإسناده عن محمّد بن علىّ بن محبوب عن أيّوب بن نوح عن ابن ابى عمير و وجه صحة السّند (- ح-) ظاهر

قوله طاب ثراه و لا بدّ من حملها على صورة (- اه-)

الوجه فى هذا الحمل ظاهر فانّ خلوّ الرّواية عن ذكر التّوصيف و المخالفة قادحة الّا ان تحمل على صورة التوصيف و ظهور المخالفة بقرينة الإجماع على عدم جواز البيع بغير وصف و لا مشاهدة و الإجماع على لزوم البيع ما لم يخالف الموصوف و من هنا قال فى المستند انّها و إن كانت خالية عن ذكر التّوصيف و المخالفة الّا انّه لا بدّ من تقديرها للإجماع على اختصاص خيار الرّؤية لتلك الصّورة أو لأنّ ذلك معنى خيار الرّؤية مضافا الى انّ إطلاقها (- أيضا-) لو كان لكفى لشمول المطلوب و خروج ما خرج بالدّليل أو يتعدّى الى المطلوب بالأولويّة كما يتعدّى بها أو بعدم القول بالفصل الى غير مورد الصّحيحة و هو الّذى لم ير شيئا من المبيع ان جعلت المشار اليه بذلك تمام الضّيعة لا خصوص القطعة الغير المرئيّة و فيما إذا ظهرت الزّيادة و كان الخيار البائع انتهى و أقول انّ ما أشار إليه فى طىّ كلامه من كون معنى خيار الرّؤية ثبوت الخيار بمخالفة المرئى للوصف ممّا لا بأس به فيغنى عن التعلّق بالإجماع على عدم جواز بيع المجهول أو الإجماع على لزوم البيع ما لم يخالف الموصوف الوصف و لا الى عدم القول بالفصل بين مورد النصّ و المطلوب كما انّ عموم الجواب يغنى عن التعلّق بعدم القول بالفصل بين مورد النصّ و غيره من المبيعات

قوله طاب ثراه و قد يستدلّ (- أيضا-) بصحيحة زيد الشّحام (- اه-)

قد رواها ثقة الإسلام (- ره-) عن عدّة من أصحابه عن سهل بن زياد و احمد بن محمّد جميعا عن الحسن بن محبوب عن زيد الشّحام و هناك اخبار أخر قد استدلّ بها

ص: ۹۸

على المطلوب فمنها النّبوى (- ص-) المنجبر بما مرّ من الإجماعات المنقولة من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار و حاله فى الإطلاق حال صحيح جميل فيقيّد بما قيّد به هو من ظهور الموصوف على خلاف الوصف و منها ما رواه فى (- كرة-) من طريق الخاصّة انّهم سئلوا عن بيع الجرب الهرويّة فقال لا بأس به إذا كان لها بارنامج فان وجدها كما ذكرت و الّا ردّها اى يجوز لها ردّها مع انّ الرّد ليس على الوجوب إجماعا بل المعنى ان شاء و هو معنى الخيار قال فى (- كرة-) انّه أراد بالبارنامج كتابا يذكر فيه صفات السّلعة على الاستقصاء انتهى و هذا الخبر لو صحّ لكفانا مئونة غيره لكنّ القطع و الإرسال موهن له الّا ان يجاب بعدم القدح لكون المرسل العلّامة (- ره-) و ظهور ذكره عقيب النّبوى (- ص-) فى كون المسئول هو صلوات اللّه عليه مضافا الى انجبار الإرسال بما مرّ من الإجماعات المنقولة المؤيّدة بعدم الخلاف و الاعتضاد بصحيح جميل المتقدّم و من ملاحظة مجموع ذلك يقطع الفقيه المنصف الفطن بالحكم المذكور و لا يختلج بباله اشكال فيه و منها ما دلّ من الأخبار على كراهة شراء ما لم يره مثل خبر عبد الأعلى بن أعين قال نبّئت عن أبى جعفر (- ع-) انّه كره شراء ما لم يره و أنت خبير بعدم دلالته على المطلوب بوجه لأنّ كراهة الشّراء أعمّ من ثبوت الخيار و عدمه

قوله طاب ثراه الخبر (- اه-)

قال فى (- ئق-) بعد نقل الخبر ما لفظه و المراد انّه إذا اشترى عشرة مثلا مائة غنم فيدخل بيتا فيخرج من الغنم كيف ما اتّفق فاذا بلغ المخرج خمسة مثلا اخرج اسم رجل فمن خرج اسمه يعطيه هذه الخمسة فلم يجوّزه للغرر و عدم تحقّق شرائط القسمة إذ من شروطها تعديل السّهام أوّلا فربّما وقع فى سهم بعضهم كلّها سمانا و فى سهم الأخر كلّها هزالا و من أجل هذا انّه لو اشترى و الحال هذه فانّ له الخيار صرّح به فى صحيح الشحّام إذا خرج الردىّ فى ذلك السّهم و إذا أمكن القسمة بعد تعديل السّهام فإنّه لا مانع لأنّه يشترى مشاعا فان اقتسموا بالتّعديل فلا خيار و الّا فإن خرج فى سهمه الردىّ كان له الخيار فى القسمة فالمنع فى صحيح الشّحام مبنى على ما هو دأبهم من شرائهم مجهولا غير معدّل كما يشير اليه قوله عليه السّلام فى رواية منهال انّما يصلح السّهام إذا عدلت القسمة انتهى و أنت خبير بانّ ما ارتكبه متعبة بلا ثمر و حمل للنّص على خلاف ظاهره من غير شاهد و استنباط علّة من غير قرينة لأنّ الخبرين جميعا خاليان عن التّصريح بخيار الرّؤية أو الإيماء إليه كما لا يخفى

قوله طاب ثراه لم يعلم وجه الاستشهاد به

الضّمير المجرور يعود الى صحيح زيد الشّحام بقرينة قوله لأنّ المشترى لسهم القصّاب (- اه-) و توهّم رجوعه الى خبر منهال اشتباه لانّه ذكره فى (- ئق-) مفسّر الصحيح زيد لا شاهد الأصل المطلوب

قوله طاب ثراه و يكون له خيار الحيوان (- اه-)

قد يستبعد ذلك من حيث عدم توقّف خيار الحيوان على القبض و الخروج على خلاف الوصف فتأمّل

قوله طاب ثراه و حكى عن بعض

هذا البعض هو سيّدنا فى مفتاح الكرامة فإنّه احتمل ذلك ثمّ استبعده هو و يكفى فى المسئلة الاتفاق الظّاهر الكاشف عن عدم القول بالفصل بين ظهور المبيع على خلاف الوصف أو ظهور الثمن (- كك-)

[مسألة مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة]

قوله طاب ثراه مسألة مورد هذا الخيار بيع العين الشخصيّة الغائبة

الوجه فيما ذكره انّ الخيار لمّا كان خلاف مقتضى أصالة اللّزوم لزم الاقتصار فى الخروج عنه على مورد النصّ و ليس مورد النصّ هنا الّا العين الشخصيّة الغائبة و لكن قد يقال انّ مورد صحيح زيد الشّحام المتقدّم ليس العين الشخصيّة فإنّ سهام القصّابين امّا من الكلّى الخارجى كالصّاع من الصّبرة أو من الحصّة المشاعة و قاعدة الضّرر (- أيضا-) تقتضى ثبوت الخيار عند تخلّف الوصف عند الرّؤية

مضافا الى إمكان إدراجه فى تخلّف الشّرط لانّ الشّراء إذا كان بالوصف فكأنّه اشترط الأوصاف فى المبيع فاذا تخلّف الوصف ثبت الخيار نعم لا يثبت الخيار فى الكلّى المطلق لأنّه إذا خرج المقبوض على خلاف الموصوف لزم البائع تبديل ذلك و تسليم ما هو مصداق الكلّى و لا يبقى للخيار محلّ و يحتمل ان يكون غرض الماتن (- ره-) من جعل مورده العين الشخصيّة الاحتراز عن الكلّى الصرف لا الكلّى الخارجى فتدبّر

قوله طاب ثراه و ربّما يتراءى التنافى بين اعتبار ما يختلف الثمن باختلافه (- اه-)

هذه العبارة و ما بعدها الى قوله ثمّ انّ الخيار بين الردّ و الإمساك (- اه-) تضمنت إشكالات ثلثا فى المقام مع أجوبتها الإشكال الأوّل ما تضمّنته العبارة و تحريره انّ جمعهم بين اعتبار ذكر الأوصاف الّتى يختلف الثمن باختلافها و بين اعتبار ذكر الأوصاف الّتى يلزم ذكرها فى السّلم و دعواهم الإجماع على الفقرتين جميعا ممّا لا يكاد يفهم إذ قد يتسامح فى السّلم فرارا من عزّة الوجود ما لا يتسامح به فى القيمة و جوابه ما ذكره بقوله و يمكن ان يقال (- اه-) و حاصله انّ غرضهم بما يعتبر فى صحّة السّلم هو ما يعتبر فيه من حيث هو و كلّ وصف له مدخل فى القيمة فهو معتبر فى السّلم و لا ينافى ذلك رفع اليد أحيانا عن بعض الأوصاف من جهة محذور الأداء الى عزّة الوجود و يمكن الجواب عن هذا الإشكال بما أجاب به عن الإشكال الثانى كما لا يخفى و ربّما أجاب الشّيخ المحقّق فقيه آل يس (- قدّه-) عن الإشكال بوجه أخر متين و هو انّ الصّفات اللّاحقة للشىء بالذّات أو بالعارض تارة تكون ممّا جرت العادة فى مقام البيع المبنى على المداقّة على ملاحظتها وجودا و نفيا فى عظم ماليّة العوضين و قلّتها فهذه الّتى يتعيّن عنده ذكرها حذرا من الغرر و الجهالة من حيث انّ تقدير التّعويض عن المثمن بالثمن زيادة و نقصا منوط فكانت بمنزلة المال المعيّن لأنّها المقوّمة له و تارة لا تكون ممّا جرت العادة فيها على هذا اللّحاظ و إن كانت مرغوبا فى وجودها لتعلّق الغرض بها كأوصاف محاسن كلّ عضو مثلا من الجارية و هذا القسم لا يتوقّف دفع الضّرر لها عند المعاملة إلّا فى السّلم بالنّظر الى المثال المذكور من حيث ان ذكر وصف كلّ عضو من الحيوان ممّا هو غير معين خارجا يؤدّى الى عزّة الوجود الموجبة لرفع الوثوق بالحصول فيعود الأمر إلى الخطر فى حصول السّلم و الغرر فالسّلم غير خارج فى حدّ التّوصيف عن غيره إلى القلّة ثمّ انّه (- ره-) فرع على ذلك سقوط ما فى المتن من الإشكال الثّانى و الثّالث الآتيين و جعل منشأ التوهّم فى الجميع عدم الالتفات الى تحديد الصّفات المقوّمة للمبيع بما جرت العادة على اعتبارها و ملاحظتها ميزانا فى قدر ماليّة العوضين و ظنّه عمومها لكلّ ما يتعلّق به الغرض فلا تذهل

قوله طاب ثراه ثمّ انّ الأوصاف الّتى يختلف الثّمن من أجلها (- اه-)

هذا هو الإشكال الثّانى و جوابه ما ذكره بقوله و لا أجد فى المسئلة أوثق من ان يقال انّ المعتبر هو الغرر العرفى (- اه-)

قوله طاب ثراه مع انّا علمنا انّ الغرر العرفى أخصّ من الشّرعى

ليس غرضه (- قدّه-) انّ للغرر حقيقة شرعيّة حتى يورد عليه بالمنع من ثبوتها بل غرضه انّ الغرر و إن كان موضوعا عرفيّا قد نهى النّبى (- ص-) عنه و لكن العرف قد يتسامحون فى بعض الموارد فلا يرتّبون حكم الغرر على موضوع مع اعترافهم بكونه غررا فإطلاق النّهى عن الغرر يقتضى الحكم بالبطلان حتّى فى مورد مسامحتهم و (- ح-) فالجواب ما أشار إليه (- ره-) من انّ العرف إذا لم يرتبوا اثر الغرر فى مورد لم يثبت حكم الغرر فيه لانّ الخطاب قد ورد على طبق لسانهم و من أجل تفهيمهم فتأمّل جيّدا

قوله طاب ثراه و أشكل من ذلك (- اه-)

هذا متمّم

ص: ۹۹

الإشكال الثّانى و عبارة أخرى عنه و حاصله انّه إذا قلنا بلزوم ذكر جميع ما يختلف الثمن باختلافه فى صورة التوصيف لزمنا القول باعتبار ذكر جميع ذلك فيما كان التوصيف قائما مقامه و هو الرّؤية و الثانى باطل لعدم التزامهم بذلك فيلزم ان يكون المقدّم مثله

قوله طاب ثراه ثمّ انّه يمكن الاستشكال (– اه–)

هذا هو الإشكال الثّالث و حاصله انّ الجهل بوجود الصّفات المذكورة قيدا فى المبيع غرر (– أيضا–) فكما يلزم الغرر عند عدم ذكر الأوصاف فكذا يلزم فى صورة ذكرها (– أيضا–) و قد أجاب عن ذلك أوّلا ـ بقوله و يمكن ان يقال انّ أخذ الأوصاف فى معنى الاشتراط لا ـ التقييد (– اه–) و ثانيا بقوله يمكن ان يقال ببناء هذا البيع على تصديق البائع (– اه–) و ناقش بعض من تأخّر عنه بانّ الاشتراط لا يرفع الغرر و انّه لا فرق بينه و بين التّقييد إذ المدار على رفع الجهل بالأوصاف و مجرّد الاشتراط لا يستلزم ذلك و ان أراد انّ مع الاشتراط لا يبقى احتمال الضّرر الّذى هو الموجب للنّهى عن الغرر لمكان كون تخلّف الشرط مثبتا للخيار ففيه انّ الخيار لا يرفع الغرر و الّا لجاز بيع المجهول المطلق مع شرط الخيار بل لا معه (– أيضا–) من حيث وجود خيار المجلس مضافا الى انّه مع التقييد (– أيضا–) امّا ان يثبت عند التخلّف فى الخيار أو يحكم بفساد البيع فلا يلزم الضرر على كلّ حال ثمّ ناقش فى الجواب الثّانى بأنّ الجهل لا يرتفع بذكر الأوصاف سواء كان الواصف هو البائع أو غيره ثمّ أجاب عن الإشكال بأنّ اجتزائهم بذكر الأوصاف فى رفع الغرر انّما هو من باب الاطمئنان بوجودها فى المبيع و معه يرتفع الغرر و ليس اجتزائهم بمطلق التوصيف الحاصل من التّوصيف حتى مع عدم إيراث قول الموصف الاطمئنان بوجود الأوصاف حتّى يلزم الغرر الذى أورده المستشكل و أقول امّا مناقشة الأولى فيمكن الجواب عنها بالفرق بين صورتى التقييد و الشّرط بانّ التقييد يجعل المبيع عبارة عن المقيّد فالجهل بوجود القيد مورث للغرر و هذا بخلاف ما إذا اندرج فى عنوان الاشتراط فانّ المبيع هو المطلق و الشّرط التزام فى ضمن التزام و جهالة الشّرط (– أيضا–) و إن كانت تورث جهالة العقد فيعود محذور الغرر الّا انّ دائرة الشرط أوسع من دائرة العقد فربّ جهالة لا تضرّ فى الشرط و تضرّ فى العقد فتأمّل جيّدا و امّا مناقشة الثانية فيمكن الجواب عنها بانّ غرض (– المصنف–) (– قدّه–) هو دعوى كفاية وصف البائع تعبّدا ككفاية اخباره بالكيل و الوزن و امّا جوابه عن الإشكال فليس بذلك البعيد و قد أخذ هذا البعض المناقشة فى الجوابين و الجواب عن الإشكال كجملة من مطالبه من الشيخ الفقيه الماهر الشيخ محمّد حسن آل يس فلاحظ

قوله طاب ثراه و صريح السّرائر تخييره (– اه–)

قال فى (– ئر–) فى جملة كلام له فى المقام ما لفظه فاذا عقد البيع ثمّ رأى المشترى المبيع فوجده على ما وصفه البائع له كان البيع ماضيا لم يكن لأحدهما خيار و ان وجده على خلاف الصّفة كان له ردّه و فسخ العقد أو أخذ الأرش لا يجبر على واحد من الأمرين انتهى و ربّما يحتمل حمل كلامه على ما إذا كان الفائت هناك عينا أو وصفا له مدخل فى صحّة البيع و سلامته كان يكون وجده أعور أو مقطوع اليد فيأخذ الأرش بخيار العيب لا ما إذا كان صفة محضة كما هو المراد بخيار الرّؤية فتدبّر

قوله طاب ثراه و أضعف من هذا ما ينسب الى ظاهر المقنعة و (– يه–) و المراسم (– اه–)

النّاسب هو سيّدنا صاحب مفتاح الكرامة و النّسبة بالنّسبة إلى (– يۀ–) و المراسم خطأ لصراحة عبارتيهما فى الخيار قال فى (– يۀ–) فى باب الشّرط فى العقود ما لفظه و إذا اشترى الإنسان ضياعا أو عقارا بحدودها و وصفها من غير ان يعاينها كان البيع ماضيا الّا انّ له شرط خيار الرّؤية فإذا رآها فان وجدها كما وصفت له كان البيع ماضيا و ان لم يجدها على ما ذكرت أو لم يجد شيئا منها (– كك–) كان له ردّها على البائع و استرجاع الثمن انتهى و قال فى المراسم البيع بالوصف على ضربين أحدهما يصحّ و الأخر لا يصحّ فامّا الأوّل فهو ان ينعت للمبتاع شيئا غير مشاهد موجودا كان فى الوقت أو غير موجود فيبتاعه بالوصف فالبيع مراعى فان وجده على الوصف فيها و الّا كان له ردّه انتهى نعم عبارة المقنعة صريحة فى القول فى البطلان حيث قال فى باب الأعدال المجزومة ما لفظه و لا يجوز بيع المتاع فى أعدال مجزومة و جرب مشدودة الّا ان يكون له بارنامج يوقف منه على صفة المتاع فى ألوانه و أقداره و جودته فإن كان

ذلك (- ككـ-) وقع البيع عليه فمتى خرج المتاع موافقا للصّفات كان البيع ماضيا و ان خرج مخالفا لها كان باطلا انتهى

قوله طاب ثراه لكن الموجود فى المقنعة و (- يه-) انّه ان لم يكن على الوصف كان البيع مردودا و لا يبعد كون المراد بالمردود القابل للرّد لا الباطل فعلا

أقول الموجود فى باب البيع المضمون من المقنعة و إن كان هو التّعبير بالمردوديّة حيث قال من ابتاع شيئا معروفا بالصّفات كان ذلك ماضيا الى ان قال فان قبضه و وجده على الصّفة الّتى ابتاعه عليها كان البيع ماضيا و إن كان بخلاف الصّفة كان مردود انتهى الّا انّ عبارته الّتى اسبقناها صريحة فى البطلان غير قابلة للتّوجيه الّذى ذكره الماتن (- ره-) و امّا عبارة (- يه-) فقد عرفت صراحتها فالخيار من دون تعبير بكونه مردودا (- أيضا-) فلا تذهل

قوله طاب ثراه لعدم الدّليل على البطلان بعد انعقاده صحيحا

هذا انّما يتمّ وجها لضعف القول بالبطلان ان لو قال بعروض البطلان عند ظهور تخلّف الوصف و امّا لو قال بكشف ظهور تخلّف الوصف عن بطلان البيع من أصله فلا وقع لما ذكره (- قدّه-)

قوله طاب ثراه عدى ما فى مجمع البرهان (- اه-)

قال فى مجمع البرهان ما لفظه لى فى أمثال هذا الخيار تأمّل لأنّ العقد انّما وقع على الموصوف بوصف خاصّ و الفرض عدم وجوده فى هذا المتاع فلم يقع عليه العقد فكيف يصحّ فيه الخيار فمقتضى القاعدة بطلان هذا البيع لا الخيار و فيه ما عرفت من الدّليل على الخيار مع انّ كون مقتضى القاعدة هو البطلان من رأس ممنوع لانّ العقد انّما وقع على العين الشخصيّة مقيّدة بالقيد الفلانى و زوال القيد لا يوجب زوال ذات المقيّد بل وصف تقيّده فلا تكون العين ممّا لم يقع عليه العقد كى يفسد بل هى ممّا وقع عليه العقد بوصف خاصّ فاذا فقد الوصف لم يبطل البيع بل يتخيّر فدعوى مخالفة الخيار لمقتضى العقد لائحة السّقوط

قوله طاب ثراه بأنّه اشتباه (- اه-)

المجرور بالباء متعلّق بالدّفع المنصوب بان و الدّافع هو الشيخ الفقيه الغروى (- ره-) فى تعليقه على خيارات اللّمعة حيث قال بعد بيان دليل المسئلة انّ القول بالبطلان فى ذلك باعتبار عدم بقاء محلّ المعاملة فيكون البيع باطلا لا وجه له و سرّ الاشتباه عدم الفرق بين الوصف المعيّن للكلّيات و الوصف المعيّن فى الشخصيّات و بين الوصف الذّاتى و العرضى مع انّ أقصى ما هناك انّه من باب تعارض الإشارة و الوصف و الإشارة أقوى انتهى و ذكر فى مفتاح الكرامة ما يقرب منه حيث قال بعد نقل عبارة مجمع الفائدة انّه قد يقال انّ الوصف قد يكون معيّنا مشخّصا للمبيع كان يبيعه ثوبه الأسود فلو أعطاه ثوبه الأبيض لم يصحّ و ليس له الّا الأسود فإن أمكن و الّا بطل و الثانى

ص: ۱۰۰

ان یؤخذ رافعا للجهالة رافعا للغرر کان یبیعه الحنطة الدّقیقة الحمراء فان وجدها علی غیر تلک الصّیفة لم یبطل البیع و انّما یثبت له الخیار أو یقال سلّمنا انّ العقد وقع علی الموصوف بالوصف الخاص لکن لمّا فات الوصف صار کقبض الصّفقة فثبت الخیار فتأمّل أو یقال انّ الموصوف جزئی معیّن قد وقع العقد علیه الّا انّه وقع غلط فی الوصف کان یقول بعتک هذا الشیء و هو اسود و کان أبیض فحصل له الخیار لذلک فانّ له ان یرضی بما له من غیر الوصف فیسقط حقّه و ان لا یرضی و فیه تأمّل ینشأ من تقدیم الوصف علی التعیین فی النیّة و القصد و عدمه و قد قدّم الوصف علی الإشارة فی مثل ان یقول هذا الأسود و لم یکن (- ککک-) فکیف فی غیره انتهی فتأمّل

قوله طاب ثراه مجازفة (- اه-)

خبر لأنّ فی قوله و من هنا یظهر ان دفع

قوله طاب ثراه و منه المصرّاة (- اه-)

اسم مفعول من التصریة بمعنی ترک الحلب و جمع اللّبن یقال صریت النّاقة من باب تعب فهی صریّة و صریتها صریّا من باب رمی و التضعیف مبالغة و تکثیر

قوله طاب ثراه فتأمّل

الظّاهر انّه أشار بذلک الی توهین التمثیل لتخلّف الصّیفة المقصودة الغیر المقوّمة للمبیع ببیع ما یملک و ما لا یملک ضرورة عدم تخلّف الصّیفة المذکورة الغیر المقوّمة فی المثال و انّما المتخلّف بعض المبیع و کون کلّ جزء من المبیع مقصودا بالذّات لا- انّ ما یملک مقصود بالذّات و ما لا یملک بالتّبع أو انّه لم یقصد الّا المجموع ضرورة انّ قصد المجموع قصد لأبعاضه بخلاف الصّحیح فانّ القصد الیه لیس قصدا للمعیب لکن یمکن الجواب عن هذه المناقشة بأنّه إذا صحّ العقد فیما یملک فی الفرض لزم صحّة العقد عند تخلّف الوصف بطریق اولی فتدبّر

قوله طاب ثراه فتأمّل

یحتمل ان یکون الأمر بالتّأمّل للإشارة الی انّ العرف إذا خالف ضابط التغایر المذکور فی الرّبا لم یکن للإحالة إلیه وجه لانّه ببیان الشارع ضابط التغایر المذکور فی باب الرّبا لم یکن للإحالة إلیه وجه لانّه ببیان الشارع ضابط التغایر فی باب الرّبا علم مصطلحه فی التغایر و الاتّحاد و کلام کلّ متکلّم انّما یحمل علی عرفه إذا لم یعلم له اصطلاح خاصّ و الفرض علمنا هنا بمصطلحه فلا یحمل کلامه الّا علیه و یحتمل ان یکون للإشارة الی عدم انضباط العرف فی ذلک لحکمهم بالمغایرة بمجرّد تخلّف وصف من الأوصاف

[فی خیار الرؤیة و أنه فوری]

قوله طاب ثراه الأکثر علی انّ الخیار عند الرّؤیة فوریّ (- اه-)

القول بالفور هو صریح محکی (- ط-) و الوسیلة و الغنیة و (- کرة-) و (- عد-) و (- مع صد-) و (- لک-) و (- الروضة-) و محکی (- یر-) و (- س-) و تعلیق (- شاد-) و غیرها بل فی الرّیاض و الجواهر و المستند انّه الأشهر و فی (- ئق-) انّه ظاهر کلام الأصحاب و عن الغنیة نفی الخلاف فیه

قوله طاب ثراه الّا وجوب الاقتصار (- اه-)

ربّما تمسّک بعضهم بوجه ثان و هو انّ خیار الرّؤیة فی الحقیقة خیار العیب و قد نفی فی الغنیة الخلاف عن کونه علی الفور و فیه انّ الظّاهر من المتأخرین کافّة نفی الفوریّة عن خیار العیب من غیر خلاف یعرف کما صرّح بذلک جمع بل ربّما احتمل بعضهم الإجماع علیه و ما فی الغنیة موهون بذلک

قوله طاب ثراه و إن كان خلاف التحقيق (- اه-)

قد علّل صاحب المستند إنكار الإطلاق بأنّه انّما ورد النصّ مورد مجرّد بيان ثبوت الخيار و لا تعرض فيه للفور و التّراخى فلا إطلاق و أشار الماتن (- ره-) بقوله كما نبّهنا عليه (- اه-) الى انّ كون الأخذ بالإطلاق خلاف التّحقيق انّما هو لما أشار إليه فى خيار التّأخير من ورود الخبر لبيان مؤدّى قاعدة الضّرر و انّه بعد كون مستند الخيار قاعدة الضّرر لا يمكن القول بالتّراخى لارتفاع الضّرر بالخيار انا و الضّرورة تقدر بقدرها و الإنصاف انّ إنكار الإطلاق فى صحيح جميل بل و صحيح الشحّام خلاف التدبّر ضرورة انّ السّؤال فما كان عن قضيّة خارجيّة كان اللّازم عليه صلوات اللّه عليه بيان الحكم على وجه ينطبق على تلك القضيّة و لو كان فوريّا للزم عليه عليه السّلام البيان بل ظاهر السّؤال وقوع الفصل بين الرّؤية و بين السّؤال فلو لا التّراخى لم يكن لحكمه عليه السّلام بالخيار وجه و توهّم كون الجهل بالحكم عذرا و انّ المراد الفوريّة من حين العلم بها كما ترى و ما ذكره (- المصنف-) (- ره-) من ورود نصوص الخيار لبيان مؤدّى قاعدة الضّرر كما ترى (- أيضا-) ضرورة عدم قابليّة قاعدة الضّرر لتعيين كون المبدء بعد مضىّ ثلثة أيّام لا أقلّ و لا أكثر مع انّ الضّرر يختلف باختلاف الموارد فقد لا يحصل الضّرر بالتّأخير شهرا و قد يحصل بالتّأخير ساعة و هكذا فى باقى الخيارات فالقول بالتّراخى هو الأظهر وفاقا لسيّدنا فى الرّياض و اللّه العالم

قوله طاب ثراه و بالتصرّف بعدها (- اه-)

هذا فى التصرّف الكاشف عرفا عن الرّضاء بلزوم البيع ليكون إسقاطا فعليّا للخيار متين و لكن فى دلالة التصرّف على ذلك (- مط-) تأمّل الّا ان يتمسّك بعموم التعليل فى بعض اخبار خيار الحيوان فيكون مسقطا تعبّدا

[فى مسقطات خيار الرؤية و أنه يسقط بالتصرف]

قوله طاب ثراه ففى سقوط الخيار وجوه (- اه-)

أحدها السّقوط لأصالة اللّزوم بعد كون التصرّف مسقطا فعليّا ثانيها عدم السّقوط لاستصحاب الخيار المقدّم على أصالة اللّزوم من حيث كونه سببيا و كون التصرّف مسقطا حتّى مع الجهل بالحال و عدم الرّؤية ممنوع

قوله طاب ثراه وجهان مبنيّان (- اه-)

لا يخفى عليك ما فى جعل الرؤية سببا مستقلّا من النّظر لعدم تعقّل ذلك و عدم الدّليل عليه فهى امّا شرط أو كاشف و على كلّ منهما فالإسقاط جائز امّا على الكاشفيّة فظاهر لثبوت الخيار من حين العقد و امّا على الشرطيّة فلحصول السّبب و هو العقد مع انّ الأظهر الكاشفيّة و انّ السّبب هو العقد مع تخلّف الوصف فتدبّر

قوله طاب ثراه كما عن (- يه-) و بعض

(۱۱) أراد بالنّهاية نهاية الشّيخ (- ره-) كما هو (- كك-) عند الإطلاق و الظّاهر انّه أراد بالبعض صاحب الجواهر (- ره-) فإنّه نفى الرّيب عن ذلك

قوله طاب ثراه ثمَّ انّه (- قده-) يثبت فساد هذا الشّرط (- اه-)

(۱۲) لمّا ذكر مستند الوجهين الأوّلين معبّرا بمن و من و طال الفصل اتى بمستند الوجه الثّالث مغيّرا لاصلوب الكلام معبّرا بما ترى

قوله طاب ثراه و أقوى الأقوال أوّلها (- اه-)

(۱۳) أقول الأقوى هو التّفصيل بين الوثوق العادى بالصّفة المذكورة و بين عدمه بصحّة اشتراط السّقوط على الأوّل دون الثّانى تبعا لفقيه آل يس (- قدّه-) لانّ ارتباط الأوصاف بالعقد من وجهين أحدهما حصول المعلوميّة للمبيع و لا يتوقّف اعتبارها على علم الواصف بوجودها حين العقد بل يكفى العلم بها برؤية سابقة مثلا فيذكرها استنادا الى الاستصحاب و ثانيهما ثبوت الخيار على تقدير الانتفاء حين العقد و اشتراط سقوطه لا ينافى حصول المعلوميّة مع الوثوق العادى بذكر الوصف و امّا مع عدم الوثوق فلا يصحّ اشتراط

السّقوط لثبوت الغرر فی العرف و العادهٔ مع سقوطه المقتضی للزوم العقد فانّ العقود اللّازمهٔ مبنیّهٔ علی المضایقهٔ فیها بالنّسبهٔ إلی المعلومیّهٔ المعتبرهٔ

ص: ۱۰۱

فيها و تقوية الماتن (- ره-) القول الأوّل مبنيّ على تخيّل التنافى بين التزام البائع بتلك الأوصاف و بين اشتراط سقوط الخيار نظرا الى رجوع الالتزام الى كون المبيع العين المخصوصة و وقوع العقد عليه بحيث يكون تخلّف الأوصاف موجبا لعدم حصول المقصود من العقد و رجوع اشتراط السّقوط الى الالتزام بتعلّق العقد بذات المبيع و إن كان فاقدا لما ذكر من الأوصاف قال و التنافى بين الأمرين واضح لكن فيه عدم التّنافى بينهما عند التّأمّل و العجب من إثباته التّنافى هنا مع جزمه عند الكلام فى الثّانى من مسقطات خيار الغبن بعدم التّنافى بينهما و أوضحنا وجهه هناك فراجع و تدبّر

قوله طاب ثراه و انّما اعتمد المشترى فيها على أصالة الصّحة (- اه-)

يمكن المناقشة فى ذلك أوّلا بأنّ الاعتماد على أصالة الصّحة مع اشتراط البراءة لا يخرج العقد عن كونه غرريّا فمناط البطلان موجود هناك (- أيضا-) و ثانيا انّه إذا كان الاعتماد على أصالة الصّحة أمرا معلوما كان لازمه التزام البائع ضمنا بالصحّة فاشتراط التبرّى من العيوب ينافى ذلك الالتزام الضّمنى فتأمّل

قوله طاب ثراه و ظهر (- أيضا-) ضعف ما يقال (- اه-)

القائل هو صاحب الجواهر

[عدم ثبوت هذا الخيار ببذل التفاوت أو إبدال العين]

قوله طاب ثراه لا يسقط هذا الخيار ببذل التّفاوت و لا بإبدال العين (- اه-)

هذا ممّا قطع به جمع و استظهر بعضهم عدم الخلاف فيه و أخر الإجماع عليه

قوله طاب ثراه ففى (- س-)

قال فى (- س-) و لو شرط البائع إبداله ان لم يظهر على الوصف فالأقرب الفساد انتهى

قوله طاب ثراه فيفسد و يفسد العقد

لانّ فساد العقد بفساد شرطه فى صورة إيراث الشّرط جهالة أحد العوضين ممّا لا كلام فيه كما برهن عليه فى محلّه

قوله طاب ثراه و بذلك ظهر ضعف ما فى (- ئق-) (- اه-)

وجه الضّعف انّ ظهور المبيع ذا الأوصاف لا ينفع فى إزالة الغرر الذى كان موجودا حين العقد موجبا لبطلانه و فى المسئلة وجه ثالث لفاضل المستند و هو انّه إن كان المشروط عدم الفسخ و تملك البدل بهذا العقد فهو فاسد قطعا لبطلان الشّرط و إن كان الأبدال بعقد أخر بعد زوال المبدل منه و فسخه فلا فساد فيه لانّه شرط سائغ قال و كان مراد (- س-) الأوّل فيكون صحيحا انتهى (- فت-)

[فى ثبوت خيار الرؤية فى غير البيع]

قوله طاب ثراه الظّاهر ثبوت خيار الرّؤية فى كلّ عقد واقع (- اه-)

قد يورد عليه بعدم الدّليل عليه و يردّ ما تمسّك به بعدم انحصار دليل اللّزوم فى أية وجوب الوفاء بالعقود ان سلم دلالتها على ذلك فما ذكره ان لم يكن إجماعيّا لا شاهد عليه و يجاب بإمكان الاستدلال له بفحوى ما دلّ عليه فى البيع أو بعمومه ان أريد به مطلق النّقل و لو بصلح و نحوه مع عدم القول بالفصل بينه و بين نحو الإجارة أو عدم الفرق بينهما فتدبّر

[مسألة لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفة و قال المشترى قد اختلف]

قوله طاب ثراه فلا يلزم ما لم يقرّ به (- اه-)

المراد من اللّزوم المنفى فى العبارة هو لزوم تعيين دفع الثمن بعد تردّد الواقع بين الحالين من الاختلاف و عدمه مع إمكان ان يقال انّ الأصل عدم حصول الصّيفة إذا كانت عرضيّة كالخياطة و الكتابة كما انّ الأصل عدم وصول تمام الحقّ إلى المشترى بدفع ما يدّعيه البائع من كونه هو المبيع لو كانت الصّفة ذاتيّة

قوله طاب ثراه و اللّزوم من احكام البيع المتعلّق بالعين على الوجه الثّانى و الأصل عدمه

فيه انّ أصالة عدم تعلّق البيع بالعين على الوجه الثانى معارض بأصالة عدم تعلّقه على الوجه الأوّل فتتساقطان و تبقى أصالة عدم استحقاق المشترى للخيار و أصالة اللّزوم محكمة هذا مع انّ الحقّ انّ المدار فى تميز المدّعى من المنكر على الصّدق العرفى لا مخالفة الأصل و موافقته و لا ريب فى انّ المنكر عرفا هو البائع لأنه يترك المشترى لو ترك هو دعوى اختلاف الوصف و البيّنة على المدّعى فيكون القول قول صاحبه و هو هنا البائع بيمينه

قوله طاب ثراه و قد تقدّم توضيح ذلك (- اه-)

ذكر ذلك عند الكلام فى الفرع الأوّل من فرعى مسئلة بيع العين بالمشاهدة السّابقة بعد مسئلة بيع الصّاع من الصّبرة فراجع و تدبر

[مسألة لو نسج بعض الثوب فاشتراه على أن ينسج الباقى كالأول بطل]

قوله طاب ثراه كما عن (- ط-) (- اه-)

(۱۱) بل قيل انّه الأشهر بل قيل انّه لم ينقل الخلاف فيه الّا من (- لف-)

قوله طاب ثراه بان بعضه عين حاضره (- اه-)

(۱۲) فيه منع البطلان فيما إذا كان البعض عينا و البعض فى الذّمة فما ذكراه يشبه المصادرة

قوله طاب ثراه و عن (- لف-) صحّته

(۱۳) أقول استدلّ بعضهم للصّيحة بالأصل و العمومات و عدم الدّليل على بطلان البيع المتّحد المتعلّق بشخصىّ و كلّى فى الذمّة بعد فرض ضبطه فتأمّل

قوله طاب ثراه ثبت الخيار لتخلّف الشّرط

(۱۴) يمكن المناقشة فى ذلك بالمنع من ثبوت الخيار فى الصّورة الثّانية ضرورة كون الأزرع (- ح-) كلّيا و التخلف فى بيع الكلّى لا يوجب الخيار بل تسلّط المشترى على مطالبة مصداق الكلّى الّذى وقع عليه العقد

قوله طاب ثراه و كان للمشترى الخيار

(۱۵) لعلّ مراده انّ له الخيار بعد عدم إمكان جبر البائع على إحضار المصداق و الّا لم يكن وجه للخيار

[السابع خيار العيب]

اشارة

قوله طاب ثراه إطلاق العقد يقتضى وقوعه مبتيا على سلامة العين من العيب (- اه-)

(۱۶) قد جرت عادة الأصحاب على تصدير مبحث خيار العيب بهذا البيان و قد صرّح به الشّيخ (- ره-) و الحلّى و سائر من تأخّر عنهما من غير خلاف و لا اشكال و غرضهم بذلك التّوطئة لبيان إيراث ظهور العيب الخيار فإنّه لو لا اقتضاء الإطلاق سلامة العوضين من العيوب لم يكن لإثبات الخيار عند ظهور العيب فى صورة الإطلاق وجه و ربّما ذكر بعضهم انّ الغرض بذلك بيان صحّة البيع بدون ذكر قيد الصحّة و انّه لا يكون من البيع الغررى حتى يكون باطلا و فيه انّه لو كان غرضهم ذلك لكانوا يصرّحون بعدم البطلان

بعـد الفراغ من بيـان هـذا الأصـل و تريهم لا يفرّعون عليه الّا ثبوت الخيار عنـد ظهور العيب لا أقول انّ لهم فى صـحّة العقـد كلاما بل أقول انّ غرضـهم بالعبـارة ليس بيـان ذلك و انّهم سـكتوا عنه إحالـة إلى الوضوح و انّما ذكروا العبارة توطئـة لما هم بصـدده من بيان إيراث ظهور العيب الخيار و كيف كان فالّـذى يظهر من كلماتهم مسـتندا لهذا الأصل أمور أحدها انّه من باب اقتضاء الحال و انّ حال المتعاقـدين يقتضـى إرادتهمـا من المطلق الصّـحيح قال كاشف الغطاء فى محكى شـرحه على (- عـد-) الظاهر انّ الاقتضاء فيه اقتضاء حـال بمعنى انّ عقـد المعاوضـة و الإيقـاع و جميع مـا تعلّق بالموجودات الخارجيّـة من نـذور و ايمان و وجوب و نـدب من المطلقات يقتضـى انّ العاقـد لا يريـد الّا الصّـحيح و انّه ما دفع العوض إلّا فى مقابلة ما هو الصّـحيح و كذا النّاذر و الأمر يفهم من حالهما انّهما لا يريدان الّا الصّحيح على وجه يظهر وجهه من بعض المقامات المتعلّقة بالماليّات كالزكوات و الكفّارات انتهى ثانيها أصالة كون الشيء على خلقته الأصـليّة و لعلّ مسـتندها غلبة افراد الصّـحيح فى الخارج فانصـراف المطلق الى السّالم انّما هو من باب البناء على انّ الأصل فى جميع الكائنات من جمادات و نباتات و حيوانات ان تكون على نحو ما غلبت عليه حقيقتها من التّمام فى الـذّات و عدم النّقص فى الصّـفات أجناسا و أنواعا و أشـخاصا من غير فرق بين المبيع و غيره ثالثها انّه إذا أطلق الشـىء لم يفهم منه عرفا الّا الصّحيح رابعها غلبة اقـدام المتعـاملين على المعاملـة على الصّـحيح الى غير ذلـك من التعبيرات المتقاربـة و الحقّ انّ منشـأ اقتضاء الإطلاق السّـلامة انّما هو الانصراف العقد (- المط-) بسبب غلبة استعماله فى الصّحيح اليه و ما يتأتّى فى كلام الماتن (- ره-) من المناقشات

ص: ۱۰۲

ستسمع دفعها إنشاء اللّه تعالى

قوله طاب ثراه الأصل فى المبيع من الأعيان و الأشخاص (- اه-)

هذا ظاهر فى الوجه الثّانى و قوله فإنّما بنى إقدامه على غالب ظنّه موضح لذلك حيث أشار الى انّ مستند أصالة السّلامة غلبة وجود الصّحيح الموجبة لظنّ المشترى بسلامة المبيع

قوله طاب ثراه و ممّا ذكرنا يظهر انّ الانصراف (- اه-)

أراد بما ذكره ما افاده من كون اقتضاء الإطلاق السّلامة من باب أصالة السّلامة الّتى منشأها الغلبة

قوله طاب ثراه و لذا لا يجرى فى الأيمان و النّذور (- اه-)

هذا انّما يكون شاهدا على المنع ان لو كان مراد مدّعى الانصراف دعوى انصراف أسماء الأعيان إلى الصّحيح و امّا لو كان غرضه دعوى انصراف المعاملات المطلقة الواقعة على الأعيان إلى الأعيان الصّحيحة فلا شهادة فيه عليه مع انّ منع الانصراف حتّى فى الأيمان و النّذور لا يخلو من تأمّل

قوله طاب ثراه و ثانيا عدم جريانه فيما نحن فيه (- اه-)

فيه انّ كون المبيع عينا شخصيّة لا يمنع من جريان الانصراف لإمكان إيراث الانصراف وصفا فى المبيع خارجا عن أصل حقيقته فاذا قال بعتك هذه الجارية و أطلق فكأنّه قال بعتك هذه الجارية الموصوفة بكونها صحيحة فإذا تخلّفت الصحّة ثبت الخيار غاية ما هناك انّه على الانصراف يستفاد الصّحة من الانصراف و على مبناه من أصالة السّلامة يستفاد التزام بالصّحة بحكم الأصل

قوله طاب ثراه و ثالثا بانّ مقتضاه عدم وقوع العقد رأسا (- اه-)

هذا الاقتضاء انّما يسلّم ان لو كان مقتضى الانصراف تقيّد المبيع بوصف الصّحة بحيث يكون قوله بعتك هذا العبد بعتك هذا العبد المقيّد بقيد لصحّة حتّى يلزم عند فقد القيد فقد المقيّد يكون العقد باطلا و ليس (- كك-) و انّما نظر مدّعى الانصراف الى كون الصّحة فى المبيع وصفا خارجا عن أصل حقيقته يطلب مستقلّا فيكون من باب تعدّد المطلوب فمثله مثل الشّروط إذا تخلّفت فكما انّ تخلّفها لا يوجب فساد العقد فكذا هنا كما نبّه عليه هو (- ره-) أيضا بالدفع الّذى يذكره و قد أجاد الفقيه الغروى (- قدّه-) حيث قال انّه بناء على الانصراف فى المبيع المعيّن قد يغلب جانب الإشارة على الوصف خصوصا انّ الوصف غير مصرّح به بل المراد المبيع الأعمّ من الصّحيح و المعيب و هما بالنّسبة إلى صدق اللّفظ متساويان و لكن الإقدام ليس الّا على الصّحيح للأصل المتقدّم يعنى أصالة السّلامة بناء على غلبة الصّحيح قال و هذه الغلبة انّما تقضى بندرة الوجود لا ندرة الإطلاق فالعاقد قد قصد مدلول اللّفظ لكنّه توهّم الصّحيح و لا عبرة بالتّوهّم مع القصد الى مدلول اللّفظ فى الجملة انتهى

قوله طاب ثراه و دفع جميع هذا (- اه-)

مبتدأ خبره جملة بان وصف الصّحة

قوله طاب ثراه و لقد أجاد فى الكفاية (- اه-)

الظّاهر انّ وجه الاستجارة ظهوره فيما افاده هو (- ره-) من كون اقتضاء العقد الصّحة من باب أصالة السّلامة و لكن لا يخفى عليك عدم صراحة عبارة الكفاية فى ذلك لانّ اقتضاء الإطلاق لزوم السّلامة أعمّ من كون اللّزوم من باب الأصل أو من باب الانصراف أو غير ذلك

قوله طاب ثراه و لو باع كلّيا (- اه-)

هذا من الماتن (- ره-) و ليس متمّما لعبارة الكفاية

قوله طاب ثراه و يحتمل كونه من جهة الإطلاق (- اه-)

الفرق بينه و بين سابقة كون الانصراف على الأوّل من باب ظاهر الحال و على الثانى من استعمال اللّفظ كثيرا فى المنصرف اليه

قوله طاب ثراه فتأمّل

أشار (– قدّه–) بذلك الى منع الانصراف و فيه انّه لا وجه له ضرورة شيوع استعمال صيغة البيع عند الإطلاق فى بيع العين الصّحيحة بحيث لا ينصرف الذّهن عند إطلاق العقد الّا الى الصّحيح

قوله طاب ثراه و يؤيّده ما ورد من رواية يونس (– اه–)

(۱۱) قد رواها الكلينى (– ره–) عن علىّ بن إبراهيم عن أبيه عن إسماعيل بن مرار عن يونس فى رجل اشترى جارية على انّها عذراء فلم يجده عذراء قال يردّ عليه فضل القيمة إذا علم انّه صادق و لعلّ وجه جعله (– ره–) لها مؤيّدا لا دليلا هو الإشارة الى ما فيها من القطع و عدم ذكر الإمام عليه السّلام

قوله طاب ثراه و منه يظهر ضعف ما حكاه فى (– لك–) (– اه–)

(۱۲) قال فى (– لك–) ربّما قيل انّ فائدة اشتراط الصّحة جواز الفسخ و ان تصرّف لو ظهر عيب فيفيد فائدة زائدة على الإطلاق كاشتراط الحلول انتهى و ربّما نفى فى مفتاح الكرامة وجدان هذا القول لأحد من العامّة و الخاصّة و مع ذلك فقد استوجه فى الجواهر الفرق المذكور نظرا الى اجتماع الجهتين فى صورة الاشتراط فيعمل بالدّليلين الغير المتنافيين و توضيح ما ذكره انّ الإطلاق و ان افاده مفاد الاشتراط اعنى لزوم سلامة المبيع لكن أدلّة خيار الاشتراط غير جارية و انّما الجارى مع تخلّف الصّحة هو أدلّة خيار العيب فقط و امّا مع اشتراط السّلامة فكلّ من أدلّة خيار الشّرط و أدلّة خيار العيب جار فيعمل بهما جميعا لعدم المنافاة بينهما و بعبارة أخرى الإطلاق و ان اثّر أثر الاشتراط لكنّ التأثير انّما هو بمقدار قابليّة الموضوع فالجارى على الإطلاق انّما هو اثر الاشتراط الغير الدّائر مدار خصوص الاشتراط فحكم خيار الاشتراط انّما يدور مدار حصول وصف الاشتراط بخصوصه بخلاف لزوم السّلامة فإنّه حاصل مع الإطلاق (– أيضا–) فتأمّل

قوله طاب ثراه و دعوى عدم دلالة الرّواية (– اه–)

(۱۳) لم أجد لمنع الدّعوى وجها فإنّه لا قرينة فى الخبر على تصرّفه و لا على اشتراط بكارتها لاحتمال كون المراد به انّه اشتراها زعما منه كونها عذراء بانيا على أصالة السّلامة و يمكن المناقشة فى دلالة الرّواية بوجه ثالث و هو انّها انّما تدلّ بناء على كون الثيبوبة فى الإماء عيبا و سيأتى انّ المشهور خلافه

[ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشترى على الرد و أخذ الأرش]

قوله طاب ثراه مسئلة ظهور العيب فى المبيع (– اه–)

(۱۴) أراد به ظهور سبق العيب العقد ضرورة منع العيب الحادث بعد العقد من الردّ كما ستعرف إنشاء اللّه تعالى

قوله طاب ثراه يوجب تسلّط المشترى على الرّد و أخذ الأرش (– اه–)

(۱۵) لمّا كان الواو للجمع كان عطف أخذ الأرش على الردّ بالواو فى غير محلّه و قد كان حقّ التعبير ان يقول يوجب تسلّط المشترى على شىء من الردّ و أخذ الأرش مخيّرا بينهما و الأمر سهل بعد وضوح المراد و قد صرّح بالتّخييرين الردّ و بين الإمساك و أخذ الأرش فى المقنعة و (– ف–) و (– يه–) و المراسم و الوسيلة و (– ئر–) و (– فع–) و (– عد–) و (– كرة–) و (– شاد–) و اللّمعة و (– لك–) و الإيضاح و (– مع صد–) و المهذّب البارع و محكى الجامع و التّبصرة و (– س–) و الحواشى و المقتصر و تعليق (– شاد–) و غاية المرام و إيضاح (– فع–) و الميسيّة و غيرها بل هو المعروف من مذهب الأصحاب بل هو فى الجملة ممّا لم أجد فيه مخالفا و لا متأمّلا و بعدم الخلاف فيه صرّح جمع من الأواخر منهم المحقق الأردبيلى (– ره–) فى مجمع الفائدة و ادّعى الإجماع عليه فى (– ف–) و الغنية و الرّياض و الجواهر و خيارات الفقيه الغروىّ و ظاهر (– كرة–) و مجمع الفائدة و الكفاية و غيرها و قد وقع الاحتجاج

لذلك فى كلماتهم بوجوه الأوّل الإجماع تمسّک بالمحصّل منه من سمعت و بالمنقول منه جمع الثّانى الأخبار الّتى أرسلها فى

ص: ۱۰۳

(- ف-) على ذلك المنجبرة بالشهرة العظيمة و الإجماعات المنقولة و فيه انّ القابل للانجبار بالشهرة انّما هو إرسال المتن لا إرسال المضمون الراجع الى اجتهاد المرسل الثّالث أدلّة خيار الاشتراط يظهر من بعضهم التمسّك به و الى ردّه أشار الفقيه الغروى (- ره-) بقوله ليس مستند ثبوت هذا الخيار دخوله تحت خيار الاشتراط باعتبار انّ الصحّة أخذت شرطا ضمنيّا و ذلك لانّ الشّرط الضّمنى المعتبر هو المراد من اللّفظ على جهة خصوص الشرطيّة المدلول عليه بالقرينة الحاليّة أو المقاليّة و ليس (- ككك-) و لا أقلّ من الشكّ و الأصل عدم الاشتراط مع انّ الشرط الضّمنى محلّ خلاف و هذا الخيار محلّ وفاق على انّه بناء على ذلك يكون له الردّ فقط لا التخيير بينه و بين الأرش و كون اشتراط الصحّة مع التصريح لا يفيد الّا مجرّد التأكيد لا يقتضى بذلك انتهى و ما ذكره جيّد متين و بالحفظ جديرتين الرّابع ما فى المتن من فقرة الفقه المنسوب الى الرّضا عليه التحيّة و الثناء و فيه عدم ثبوت النّسبة حتّى يكون ما فيه خبرا قابلا للجبر بالشّهرة الخامس ما رواه الجمهور من انّ رجلا اشترى غلاما فى زمن رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و كان عنده ما شاء اللّه ثمّ ردّه من عيب وجده به تمسّك فى (- كرة-) و هو مع الغضّ عن سنده خال عن الأرش بالكلّية فلا دلالة فيه على تمام المدّعى بل قد يوهن دلالته على الردّ (- أيضا-) بانّ من البعيد ان يكون العبد عند العرب ما شاء اللّه و لا يستخدمونه بشىء أصلا فيكون الخبر دالّا على جواز الردّ بعد التصرّف و لا نقول به السّادس ما تمسّك به فى الرّياض من النّصوص المعتبرة و ساق منها المرسل كالصحيح الّذى رواه الكلينى (- ره-) عن علىّ بن إبراهيم عن أبيه عن ابن ابى عمير بن جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السّلام فى الرّجل يشترى الثوب أو المتاع فيجد به عيبا قال ان كان الشىء قائما بعينه ردّه على صاحبه و أخذ الثّمن و إن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب و هو كما ترى كسابقه فى عدم الدّلالة على ثبوت الأرش بل انّما دلّ على جواز الرّد ما دام باقيا و ان تصرّف فيه الّا ان يكون ثوبا قد تصرّف فيه احد التصرّفات المذكورة فإنّه يرجع (- ح-) بالأرش و ذلك لا يتمّ على ما قرّره و فى مسائل الباب و ربّما تمّم فى الرّياض دلالة المرسل بضميمة الإجماع و أنت خبير بأنّه فى الحقيقة تمسّك بالإجماع لا الخبر الّا ان يكون مراده بذلك ما فى كلام بعضهم من تتميم المطلوب بعدم القول بالفصل بين الردّ و الأرش و فيه تأمّل و قد يتمّم المطلوب بوجهين اخرين يأتى من الماتن (- ره-) الإشارة إليهما الثّانى ما أشار اليه مع ردّه الماتن (- ره-) بقوله فيما يأتى عن قريب و أصعب منه جعله مقتضى القاعدة (- اه-) و إذ قد عرفت ذلك كلّه فاعلم انّه حيث فقد النصّ على الأرش فى الفرض افترق المتأخّرون فرقتين فالأكثرون منه تعلّقوا بالإجماع و ربّما تصدّى الفقيه الغروى (- قدّه-) لتشييد بنيان ذلك حيث قال بعد قوله ليس المستند إلّا الإجماع محصّله و منقوله ما نصّه فان قلت لزم على ذلك الجمود على مورد الإجماع من خصوص البيع و خصوص المشترى و لا تقولون به قلنا امّا بالنّسبة إلى الثمن فالظّاهر انعقاد الإجماع عليه كالثمن مع تساويهما فى أغلب الأحكام مع انّ المناط منقّح لاتّحاد الطريق و امّا بالنّسبة إلى العقود الأخر فلا يبعد دعوى الإجماع على ذلك (- أيضا-) و تنقيح المناط انتهى و الأقلّون نفوا الأرش لعدم الدّليل عليه و خصّوا الخيار قبل التصرّف بالردّ و أوّل من تأمّل فى ذلك المحقّق الورع الأردبيلى (- ره-) فى مجمع الفائدة و وافقه على ذلك المحدّثان الكاشانى و البحرانى و (- ح-) فمن ثبت عنده الإجماع على الأرش فى الفرض كان هو حجّته فى إثبات الأرش و كذا من بنى على حجّية المنقول منه و من لم يتحقّق عنده الإجماع و لم يبن على حجّية المنقول منه لزمه الحكم بالتخيير بين الفسخ و الإمضاء و نفى الأرش بالأصل و فى ثبوت الإجماع تأمّل و القول من غير دليل مشكل و مخالفة الأصحاب من غير دليل أشكل و الّذى يمكن الاستناد إليه فى القول بما هو المشهور أمور الأوّل الأخبار النّاطقة بثبوت الردّ بضميمة عدم القول بالفصل بين ثبوت الرّد و بين ثبوت الأرش فكلّ من اثبت الردّ أثبت الأرش و خيّر بينهما الثّانى ضمّ الأخبار الكثيرة النّاطقة بثبوت الرّد عند ظهور العيب الى الأخبار الّتى أطلق فيها ثبوت الأرش بظهور العيب من

دون تقييد بما بعد التصرّف فمنها مقطوع يونس المتقدّم فى كلام الماتن (- ره-) حيث بيّنا إطلاقه و منعنا من ظهوره فى صورة التصرّف خاصّة و منها ما رواه الكلينى (- ره-) عن عدّة من أصحابنا عن احمد بن محمّد عن ابن ابى عمير عن الحسن بن عطيّة عن

عمر بن يزيد قال كنت انا و عمر بالمدينة فباع عمر جرابا هرويّا كلّ ثوب بكذا و كذا فأخذوه فاقتسموه فوجدوا ثوبا فيه عيب فقال لهم عمر أعطيكم ثمنه الّذى بعتكم به فقالوا لا و لكنّا نأخذ منك قيمة الثّوب فذكر ذلك عمر لابيعبد اللّه عليه السّلام فقال يلزمه ذلك فانّ المشار اليه بذلك هو قيمة الثّوب و المراد بالقيمة ليس القيمة السّوقيّة لمجموع الثّوب لانّ لزومها ممّا لا وجه له فلزم ان يكون المراد بها قيمة النّقص و ذلك الأرش فأطلق ثبوته و لم يستفصل عن وقوع التصرّف و عدمه فان اقتسام المال المشترك ليس تصرّفا مسقطا للردّ بالعيب الّذى فيه و منها ما رواه الشّيخ (- ره-) بإسناده عن علىّ بن إبراهيم عن أبيه عن النّوفلى عن السّكونى عن جعفر عن أبيه انّ عليّا عليه صلوات اللّه الملك المنّان قضى فى رجل اشترى من رجل عكّة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربّا فخاصمه الى على عليه السّلام فقال له على عليه السّلام لك بكيل الرّب سمنا فقال له الرّجل انّما بعته منك حكرة فقال له على عليه السّلام اشترى منك سمنا و لم يشتر منك ربّا فانّ السّمن الّذى أثبته عليه السّلام له ليس إلّا الأرش عوض ما نقص بالعيب و حيث انّ إثبات الأرش فى هذه الأخبار لا ينافى إثبات الرّد فى الأخبار المشار إليها عملنا بالطّائفتين و أفتينا بالتخيير بين الردّ و الأرش و هذا الجمع لا يحتاج الى شاهد حتّى يناقش بفقده و الوجه فى عدم حاجته الى الشاهد انّ الشّاهد انّما يحتاج إليه إذا كانت الطّائفتان متعارضتين و لا تعارض بينهما لأنّ إثبات شىء لا ينفى ما عداه فإثبات الردّ لا ينفى الأرش و إثبات الأرش لا ينفى الردّ فالعمل بهما جميعا لا مانع منه و لا توقّف له على شاهد بل يساعد عليه فهم العرف نعم ربّما يمنع من ذلك مرسل جميل المتقدّم حيث فصل بين صورتى التصرّف و عدمه بإثبات الردّ على الأوّل و الأرش على الثّانى و الجواب انّ إثباته الردّ فى صورة عدم التصرّف لا دلالة فيه (- أيضا-) على نفى الأرش و لو فرض فيه اشعارا و نوع ظهور فى ذلك سقط عن الاعتبار بسبب ما أثبت الأرش قبل التصرّف فاذا ضممناه الى مرسل جميل كان مفادهما بعد الجمع التخيير بين الردّ و الأرش قبل التصرّف و تعيّن الأرش بعد التصرّف الثّالث قاعدة الضّرر فإنّها توجب تسلّط المشترى على دفع ما يتضرّر به من العيب و كما انّ ضرره يندفع بالردّ فكذا يندفع بالأرش فيتخيّر بينهما و مجرّد اندفاع ضرره بالفسخ لا يوجب إلزامه به بل له المطالبة بدفع ضرره بما شاء من فسخ العقد و الإبقاء مع أرش العيب و ليس للبائع الامتناع من شىء ممّا اختاره المشترى لأنّ الضّرر اتى من جانبه و ما نوقش به فى التمسّك بالقاعدة للمطلوب ساقط فانّ من جملة المناقشات النّقض بسائر الخيارات الّتى يستدلّ عليها بقاعدة الضّرر مع انّهم لا يقولون فيها بالأرش و فيه انّ عدم

ص: ۱۰۴

قولهم فيها بالأرش لـدليل موجب للخروج به عن قاعدة لا يوجب صـحّة النّقض فى صورة فقد الدليل الخاص و لقد سـبقنا عند الكلام فى جملة من الخيارات المتقدّمة المناقشة فى التمسّك لها بقاعدة الضّـرر بانّ الضّرر كما يرتفع بالخيار فكذا يرتفع بالأرش و أجبنا عن ذلـك بمـا ينبغى و منهـا انّ لازم ذلـك كون الأمر إلى البائع بمعنى انّه ان ادّى الأرش فلا خيار للمشترى و الّا فله الردّ و هـذا خلاف مذهب المشـهور حيث انّهم يقولون انّ الأمر بيد المشترى و انه يجوز له إلزام البائع بالأرش و فيه منع الملازمة بل لازم كون الضّرر من جانب البائع هو كون الأمر إلى المشترى جبر الضرر و حفظا لحقّه و منها انّ معنى الخبر انّما هو رفع الحكم الضّررى و هو هنا اللّزوم لا اللّزوم بلا أرش إذ لا مقتضـى للأرش حتى يكون عدمه موجبا للضّـرر و فيه انّه إنكار للبديهى ضـرورة انّ اللّزوم فقط لا يوجب الأرش بل اللّزوم بلا أرش فكما يندفع الضّرر برفع اللّزوم فكذا يرتفع برفع قيده و هو عدم الأرش و منها انّ إلزام البائع بالأرش ضرر عليه و فيه انّ إتيان الضّـرر من جانبه أسقط حقّه و جعل الخيرة إلى المشترى مع انّ تضرّر البائع بدفع الأرش ممنوع لانّه لا يدفع الّا مقدار التفاوت و ذلك لا يعدّ ضـررا و منها انّ المشترى هو الّذى أدخل الضّرر على نفسه بترك التفحّص و التفتيش و فيه انّ إدخال الضّرر على نفسه انّما كان يتصوّر لو لا اعتماده فى ترك الفحص على أصالة السّلامة الّتى هى من الأصول العقلائيّة كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و يحتمل زيادة الهمزة (- اه-)

قد ذكر هذا الاحتمال سيّد الرّياض (- قدّه-) على سبيل الجزم

قوله طاب ثراه و قد يتكلّف لاستنباط هذا الحكم من سائر الأخبار و هو صعب

أشار بذلك إلى أوّل الوجهين المتمّم بهما دلالة الأخبار على الخيار بين الردّ و الأرش و طريق التكلّف ان يقال انّ النّصوص قد نطقت بثبوت الأرش بعـد التصـرّف فثبوته قبـل التصـرّف أولى بالإذعان و وجه الصّـعوبة منع القطع بالأولويّـة بل الفارق موجود من حيث انّ إثبات الأرش بعد التصـرّف انّما هو لتعذّر الردّ فشـرع الأرش لدفع الضّـرر بخلافه قبل التصـرّف فانّ الردّ (- ح-) ممكن فلا ضرر حتّى يثبت الأرش و يشـهد بذلك تفصـيله (- ع-) فى مرسل جميل المتقدّم و غيره بين التصـرّف فى المبيع و عدمه بالردّ و أخذ المبيع على الأوّل و أخـذ الأرش على الثانى و ربّما قرّر بعض من تأخّر عنه طريق التّكليف بأنّه قـد يدّعى انّ المراد من الردّ فى الأخبار ردّ البيع فى الجملـة أعمّ من ان يكون بتمام الثمن بان يفسخ أو بالرّجوع بالأرش فإن أخذ الأرش (- أيضا-) ردّ البيع فى الجملة حيث لم يبقه على حاله من مقابلة المبيع بتمام الثمن و أنت خبير بأنّه ممّا لا ينبغى التفوّه به ضـرورة انّ الردّ عبارة عن ردّ المبيع أو البيع و لا يصدق شـىء منهما على أخـذ الأرش يوجه و توهّم انّ أخـذ الأرش (- أيضا-) ردّ للبيع خطأ لأنّ ردّ البيع عبارة عن فسـخه و حلّه و لا حلّ عند أخذ الأرش مع انّ الردّ فى غير واحد من الأخبار معقّب بأخذ الثّمن و لا أخذ للثّمن عند أخذ الأرش

قوله طاب ثراه و أصعب منه جعله مقتضى القاعدة (- اه-)

أشار بـذلك الى الوجه الثانى من الوجهين المتمّم بهما دلالة الأخبار على تمام المطلوب مع جوابيه و من أمعن النّظر فى الجوابين ظهر له سـقوط ما افاده بعضـهم و أطال فى تطبيق الحكم على القاعـدة بما يؤول الى ما نقله (- المصـنف-) (- ره-) مع انّ تعبه لم ينتـج ما اراده من تطبيق الحكم المشهور على القاعـدة إذ المشـهور هو التخيير بين الردّ و الأرش بمعنى انّ للمشترى مطالبـة البائع بأيّهما شاء و ليس للبـائع الامتنـاع ممّـا شاءه المشترى و لازم ما قرّره البعض توقّف الأرش على رضاء البائع بـدفعه و الّا تعيّن الردّ و هـذا ممّا يخالف القول المشهور و ان شئت العثور على ما افاده فراجع كلامه و تأمّل حتى يظهر لك ما فيه

قوله طاب ثراه ينافيه إطلاق الاخبار بجواز أخذ الأرش (- اه-)

هـذا منـاف لمـا صـرّح به فى أوّل المطلب من عـدم وجود مـا يـدلّ من الأخبـار على التخيير بين الردّ و الأرش و انّ ما دلّ على الأرش يختصّ بصورة التصـرّف المانع من الردّ و ان أراد بإطلاق الأخبار الأخبار الواردة فى الأرش بعد التصـرّف فلا يخفى عليك عدم صحّة ردّ الشّـيخ (- ره-) بها لكونها فى غير المفروض و ان أشار بذلك الى ما اسـبقناه من الأخبار المطلقة للأرش عند ظهور العيب لم يكن

لنفی الدال علی ذلک من الأخبار فی صدر المقال وجه فتدبّر

قوله طاب ثراه ثمّ انّ فی کون ظهور العیب مثبتا للخیار أو کاشفا عنه ما تقدّم فی خیار الغبن (- اه-)

حیث انّه قد تقدّم تحقیق ذلک عند الکلام فی خیار الغبن لم یکن لإعادة الکلام مع اتّحاد الطریق فی المقامین وجه فراجع ما هناک و تدبّر

قوله طاب ثراه و الظّاهر انّه ممّا لا خلاف فیه (- اه-)

قد ادّعی الإجماع علیه فی خیارات الفقیه الغرویّ و علّل تارة به و اخری باتّحاد المناط و الأولی تبدیله باتّحاد الطریق فإنّ قاعدة الضّرر جاریة فیهما و ثالثة بإمکان حمل النصّ و الفتوی علی ما یشمل الثّمن نظرا الی انّ الثمن مبیع (- أیضا-) و لو سلّم فخلّو النّصوص عن التعرّض لحال الثمن لا یدلّ علی عدم جریان الحکم فیه بعد کون سبب الخلوّ غلبة عروض العیب فی المبیع بخلاف الثّمن فانّ الغالب فیه کونه نقدا غالبا و الی ذلک أشار (- المصنف-) (- ره-) بقوله و إن کان مورد الأخبار (- اه-) و امّا قول المحقّق خاصّة عند قوله فی (- یع-) فان ظهر به ای بالمبیع عیب سابق علی العقد فالمشتری خاصّة بالخیار بین فسخ العقد و أخذ الأرش انتهی فلیس لإخراج ظهور العیب فی الثمن بل لتخصیص الخیار فی صورة ظهور العیب فی المبیع بالمشتری فغرضه انّه لیس کخیار المجلس یثبت للطّرفین کما هو واضح

[فی مسقطات خیار العیب]

[موارد سقوط الرد خاصة]

[الأول التصریح بالتزام العقد و إسقاط الرد و اختیار الأرش]

قوله طاب ثراه أحدها التصریح بالتزام العقد (- اه-)

قد صرّح بکونه مسقطا جمّ غفیر بل فی هدایة الأنام للشیخ الفقیه الشیخ محمّد حسین الکاظمی (- قدّه-) انّه لا خلاف فیه بیننا بل بین المسلمین کما هو ظاهر الغنیة و غیرها انتهی و الأصل فی ذلک عموم ما دلّ من النصّ و الإجماع علی تسلّط النّاس علی حقوقهم کتسلّطهم علی أموالهم المقتضی لکون الأصل فی کلّ حقّ السّقوط بالإسقاط کما هو واضح و من هنا ظهر انّه انّما یسقط بمقدار ما أسقط فلو أسقط الردّ خاصّة کان له أخذ الأرش و لو أسقط الأرش خاصّة کان له الردّ و لو أسقطهما لم یکن له شیء منهما و کذا لو أسقط شیئا من الردّ و الأرش بالنّسبة إلی عیب دون عیب فیسقط ما أسقطه خاصّة و یبقی غیره لانّ الحقّ له فلا یسقط الّا بمقدار ما أسقطه کما هو واضح ثمّ الإسقاط لا یختصّ بلفظ بل کلّ ما دلّ علیه من الألفاظ کاف فیه لأصالة عدم التّعیین بعد عدم الدّلیل علیه

قوله طاب ثراه و لو أطلق الالتزام بالعقد (- اه-)

الوجه فی ذلک انّ الالتزام بالعقد ینافی الردّ و یجامع الأرش و لا ینافیه حتّی یدلّ علی نفیه و الوجه فی سقوط الأرش بإسقاط الخیار انّ خیار العیب تخییر بین الردّ و الأرش فإذا أطلق إسقاط الخیار کان دالّا علی إسقاط ما تردّد الأمر بینهما من الردّ و الأرش و الأولی ادارة الأمر مدار ما یفهم منه فی عرف الناطق بذلک و کذا الحال فی قوله أسقطت الخیار فیتّبع مدلول لفظه بحسب عرفه

[الثانی من مسقطات خیار العیب التصرف فی المعیب]

قوله طاب ثراه کما فی (- کرة-)

قال فى (- كرة-) تصرّف المشترى كيف كان يسقط الردّ بالعيب السّابق عند علمائنا انتهى و ادّعى الإجماع على سقوط الردّ بالتصرّف فى (- لف-) و الغنية بل و فى (- ف-) حيث قال من اشترى جارية فوطئها ثمَّ علم بعد الوطى انّ بها عيبا لم يكن له ردّها و له الأرش الى ان قال دليلنا إجماع الفرقة و اخبارهم انتهى و عن شرح الإرشاد لفخر الإسلام الإجماع على كلّ من سقوط الردّ و عدم سقوط الأرش و نفى

ص: ۱۰۵

کاشف الظّلام وجدان الخلاف فی السّقوط باحداث المشتری حدثا فی المبیع و نفی الخلاف المعتدّ به عنه فی الجواهر

قوله طاب ثراه و بقول أبی جعفر علیه السّلام فی الصّحیح (- اه-)

أراد بذلک ما رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن عدّة من أصحابه عن احمد بن محمّد عن الحسین بن سعید عن فضالة عن موسی بن بکر عن زرارة عن أبی جعفر علیه السّلام و فی وصف الماتن (- ره-) له بالصّحة نظر ظاهر لضعف موسی بن بکر الواقع فی السند فتدبّر

قوله طاب ثراه و یدلّ علیه مرسلة جمیل (- اه-)

قد تقدّمت بسندها و قد عرفت انّها کالصّحیح

قوله طاب ثراه خصوصا ما ورد فی ردّ الجاریة (- اه-)

مثل ما روی عن علیّ بن أسباط عن ابی الحسن الرّضا علیه السّلام قال سمعته یقول الخیار فی الحیوان ثلثة أیّام للمشتری و فی غیر الحیوان ان یتفرّقا و احداث السّنة تردّ بعد السّنة قلت و ما أحداث السّنة قال الجنون و الجذام و البرص و القرن فمن اشتری فحدث فیه هذه الأحداث فالحکم ان یردّ علی صاحبه الی تمام السّنة من یوم اشتراه هذا و القرن معروف و فسّره فی بعض الأخبار بالحدبة

قوله طاب ثراه و امّا المرسلة فقد عرفت إطلاقها (- اه-)

قد یقال انّ المرسلة لإرسالها تترک فیبقی لفظ الحدث فی قویّ زرارة (- مط-) و لو فرض إجماله کان اخبار منع وطی الأمة من ردّها بعد العلم بالعیب و إیجابه تعیّن الأرش مبیّنا له و فیه انّ هذا المرسل بحکم الصّحیح مضافا الی انجباره بالعمل و لفظ الحدث لا إطلاق فیه بل هو ظاهر فی التصرّف المغیّر و اخبار منع وطی الأمة من ردّها قد تضمّنت حکما خاصّا فلا تدلّ علی الکلیّة بل یمکن جعل مرسل جمیل المعلّق للردّ علی قیام المبیع بعینه مفسّرا للحدث فی قوی زرارة فما مال الیه الماتن (- ره-) هو الأظهر

قوله طاب ثراه فانّ تعلیله (- اه-)

قد یناقش فی هذا الاستظهار بأنّه لو کان إسقاط التصرّف عنده من باب الدّلالة علی الرّضاء لکان یلزمه الفرق بین التصرّف قبل العلم بالعیب و بعده إذ لا دلالة للتصرّف قبل العلم بالعیب علی الرّضاء بالبیع علی العیب (- فت-)

قوله طاب ثراه فی ردّ ابن حمزة القائل بأنّ التصرّف بعد العلم بالعیب یسقط الأرش (- أیضا-)

یأتی نقل مطلبه و مستنده و ما فیه عند تعرّض الماتن (- ره-) له فی عداد الأمور الّتی یظهر من بعض الأصحاب سقوط الردّ و الأرش جمیعا به إنشاء اللّه تعالی

قوله طاب ثراه الّا انّ المعروف خصوصا بین العلّامة و من تأخّر عنه عدم الفرق فی السّقوط بین وقوعه قبل العلم بالعیب أو بعده (- اه-)

قد صرّح بعدم الفرق بین ما إذا کان التصرّف قبل العلم بالعیب أو بعده و لا فی التصرّف بین الهبة و التّدبیر و غیرهما فی (- یع-) و (- فع-) و (- کرة-) و (- شاد-) و (- عد-) و (- مع صد-) و (- لک-) و (- الروضة-) و محکی (- س-) و تعلیق (- شاد-) و هو ظاهر إطلاق الخلاف و جواهر الفقه و (- ئر-) و الجامع و التبصرة و اللّمعة و الکافی و غیرها و حجّتهم إطلاق الحدث فی قویّ زرارة المتقدّم المؤیّد بإطلاق الإجماع المحکی و لکن لا یخفی علیک انّ ظاهره کون العلم بالعیب بعد احداث الحدث و لازم الاقتصار فیما خالف أصالة عدم السّقوط علی مورد النصّ هو قصر الحکم علی التصرّف قبل العلم بالعیب الّا ان یستند فی إسقاط التصرّف السّابق علی العلم بالعیب إلی قویّ زرارة و فی إسقاط التصرّف المتأخّر عن العلم بالعیب إلی دلالة التصرّف علی الرّضاء بالمبیع لکن لا یخفی علیک انّ لازم هذا المبنی أمران أحدهما عدم الفرق فی صورة کون الأحداث قبل العلم بالعیب بین دلالته علی الرّضاء و بین عدم دلالته علیه لإطلاق النصّ بخلاف ما إذا کان التصرّف بعد العلم بالعیب فانّ اللّازم هو التّفرقة بین ما یدلّ علی الرّضا و بین ما لا یدلّ علیه کالتصرّف الصّادر عند نسیان العیب و الأخر ثبوت الأرش فی صورة کون الأحداث قبل العلم بالعیب بلا اشکال للنصّ و ابتناء إثبات الأرش فی صورة کون التصرّف بعد العلم بالعیب علی الاعتماد فی ثبوت الأرش فی خیار العیب علی الإجماع المنقول و

امّا بناء على اختصاص ثبوت الأرش بما إذا لم يمكن الردّ كما عليه صاحب (- ئق-) (- ره-) بناء على اختصاص النصّ المثبت له به فيتجه هنا مذهب ابن حمزة من سقوط الأرش (- أيضا-) فى صورة كون التصرّف بعد العلم بالعيب فتدبّر

قوله طاب ثراه و الّذى ينبغى ان يقال و إن كان ظاهر المشهور خلافه (- اه-)

هذا هو التحقيق الرّشيق و لا ينبغى الاستيحاش من مخالفة المشهور بعد خلوّ مذهبهم عن الدّليل

قوله طاب ثراه خصوصا ما كان هذا التقييد فيه فى غاية البعد كالنصّ بردّ الجارية (- اه-)

وجه البعد ظاهر إذ من البعيد جدّا مضىّ ستّة أشهر على الجارية و سنة على المملوك من دون ان يأمرهم المولى بشىء من الخدمات من إغلاق الباب و الطّبخ و مناولة الماء و نحو ذلك

[الثالث من مسقطات خيار العيب تلف العين أو صيرورته كالتالف]

اشارة

قوله طاب ثراه و هو (- أيضا-) لا يخلو عن شىء (- اه-)

الشىء الّذى فيه هو انّ انعتاق العبد ليس ممّا قام على سقوط الخيار به دليل خاصّ فلا بدّ من إدراجه فى عنوان عدم قيام الشىء بعينه

قوله طاب ثراه و هو (- أيضا-) لا يخلو عن شىء (- اه-)

(۱۱) الشىء الّذى فيه هو انّ الانعتاق أمر قهرى فلا يصدق عليه التصرّف الظّاهر فى الاختيارى منه و انّما الّذى يصحّ هو إدراجه فى عنوان عدم قيام المبيع بعينه

قوله طاب ثراه ثمّ انّه لو عاد الملك إلى المشترى لم يجز ردّه (- اه-)

(۱۲) ان أراد بالعود العود بعد الخروج عن ملكه خروجا لازما فمتين لانّ خروجه عن ملكه لزوما قد أسقط حقّ الردّ و عوده بعود الملك يحتاج الى دليل و لا دليل فلا عود و لو شكّ فالأصل اللّزوم و ان أراد العود بعد الخروج عن ملكه متزلزلا فلا يخلو حكمه بعدم العود من نظر لإمكان المناقشة فى أصل سقوط الردّ بالخروج متزلزلا بان يقال انّ المسقط امّا صدق عدم بقاء العين أو صدق التالف عليه و لا شىء من العنوانين صادقا مع تزلزل الخروج عن ملكه

[فرع فى أن وطى الجارية يمنع من ردها بالعيب]

قوله طاب ثراه لا خلاف نصّا و فتوى (- اه-)

(۱۳) حكى فى الجواهر عن (- س-) نقل الخلاف فى ذلك عن الجعفى حيث قال و إذا وطأ الأمة ثمّ علم بعيبها الّذى هو ليس بحبل لم يكن له ردّها عندنا و تعيّن له الأرش بلا خلاف الّا من الجعفى كما فى (- س-) و لا اشكال نصّا و فتوى بل الإجماع بقسميه عليه انتهى و لم أجد فى (- س-) ما غراه اليه من النّقل و على اىّ حال فقد ادّعى الإجماع على الحكم فى (- ف-) و الرّياض و كشف الظّلام و غيرها قال فى (- ف-) من اشترى جارية و وطأها ثمّ علم بعد الوطى انّ بها عيبا لم يكن له ردّها و له الأرش و به قال أبو حنيفة و سفيان الثّورى و هو المروى عن على عليه السّلام و قال الشّافعى و مالك و أبو ثور و عثمان البتّى له ردّها و لا يجب عليه مهرها إن كانت ثيبا و إن كانت بكرا لم يكن له ردّها و قال ابن ابى ليلا يردّها و يردّ معها مهر مثلها و روى ذلك عن عمر بن الخطّاب دليلنا إجماع الفرقة و اخبارهم و قد ذكرناها و (- أيضا-) فقيه إجماع الصّحابة لأنّهم بين قائلين قائل يقول بما قلناه و الثّانى يقول يردّها و يردّ معها مهر نسائها و قول الشّافعى خارج عن إجماع الصّحابة و ذلك لا يجوز لانّه لا يجوز احداث قول ثالث إذا أجمعوا على قولين كما لا يجوز احداث قول ثان إذا أجمعوا على قول واحد انتهى و ربما يظهر دعوى الإجماع عليه من الانتصار (- أيضا-) و

سيأتى نقل كلامه إنشاء اللّه تعالى

قوله طاب ثراه و علّل المنع فى موضع من (- كرة-) بأنّ الوطى جناية (- اه-)

(۱۴) هذا التّعليل من العلّامة (- ره-) لعلّه كجملة من تعليلاته من أجل إلزام العامّة بما ورد النصّ به عن أهل بيت العصـمة صلوات اللّه عليهم أجمعين و الّا فمن الواضح

ص: ۱۰۶

عدم كون الوطى من الجناية لغة و لا عرفا نعم افتضاض البكر جناية و محلّ الكلام أعمّ من ذلك و ربّما يستشهد على عدم كون الوطى من الجناية بأمور فمنها انّه لو كان جناية لم يكن فرق بين الحرّة و الأمة و لزم فى وطى الحرّة (- أيضا-) ذلك مع إكراهه إيّاها على ذلك و فيه انّ للعلّامة الالتزام بعدم الفرق و جعل مهر المثل الثّابت فى وطى الحرّة عن اكراه من باب أرش الجناية و منها انّ لازمه عدم الفرق بين العبد و الأمة فيلزم إثبات الأرش فى وطى عبد الغير (- أيضا-) و منها انّ ثبوت الأرش فى صورة الزّنا بجارية الغير المطاوعة محلّ اشكال و لو كان من باب الجناية كان مقتضى القاعدة ثبوت الأرش و أقول للمستدلّ الالتزام بعدم الفرق بين العبد و الأمة و الوطى شبهة أو زنا و إخراج وطئ العبد و الزّنا بجارية الغير بالدّليل الخاصّ فالعمدة فى منع كون الوطى من الجناية عدم صدقها عليه لغة و عرفا ثمّ انّ ما تمسّك به العلّامة (- ره-) صغرى لكبرى مطويّة و هى ان كلّ جناية فهى مانعة من الرّدّ باعتراف الخصم و التقدير هكذا الوطى جناية و كلّ جناية فهى مانعة من الرّدّ فالوطى يمنع من الرّدّ و لكن لا يخفى عليك انّ العلّامة (- قدّه-) لم يجعل الوطى جناية بل جاريا مجراها حيث قال بعد الاستدلال لسقوط الرّدّ فى الفرض بالنصّ ما لفظه و لأنّ الوطى يجرى مجرى الجناية لأنّه لا يخلو فى ملك الغير من عقوبة أو مال فوجب ان يمنع الرّدّ كما لو كانت بكرا انتهى فنسبة القول بكون الوطى جناية إليه لا يخفى ما فيها

قوله طاب ثراه فانّ فيه إشارة إلى انّه لو ردّها لا بدّ ان يردّ معها شيئا تداركا للجناية (- اه-)

لا يخفى عليك انّ غاية ما فيه هو الإشارة إلى لزوم ردّ شيء معه إذا ردّه و امّا انّ ردّ الشيء من باب كونه تداركا للجناية فلا دلالة فى الخبر عليه بوجه و لعلّه من باب ما علم من الشّرع من عدم خلوّ الانتفاع بالبضع عن عوض من مهر أو نحوه

قوله طاب ثراه إذ لو كان الوطى مجرّد استيفاء المنفعة (- اه-)

هذا تعليل لكون المردود تداركا للجناية و حاصله نفى كونه من باب استيفاء المنفعة مستشهدا بانّ ردّ العين المعيبة لا يستلزم ردّ عوض المنفعة المستوفاة قبل الرّدّ لكن لا يخفى عليك انّ العلّة انّما كانت تتمّ ان لو دار الأمر بين كونه تداركا للجناية و بين كونه عوض المنفعة المستوفاة و قد عرفت عدم انحصار الأمر فيهما حتّى يثبت أحدهما بنفى الأخر و انّ احتمال كونه من باب عوض البضع قائم فلا تذهل

قوله طاب ثراه و هذا انّما وقع من احتمال أمير المؤمنين صلوات اللّه و سلامه عليه (- اه-)

غرضه بذلك دفع دخل عن الرّواية فالدّخل انّ الاستعاذة انّما تكون عن شيء مستنكر و لا استنكار فى الشّريعة فى جعل أجر للبضع ضرورة تعبيرهم عن المنقطعات بالمستأجرات و ثبوت الأجر و العوض فى وطى جارية الغير بالعقد عليها جهلا بأنّها مملوكة و نحو ذلك و الدّفع انّ ذلك قد صدر من أمير المؤمنين روحى فداه تقيّة فى كيفيّة البيان فجرى فى بيان الحكم الواقعى على مذاق رعيّته الّتى امتنعوا من البيعة له الّا على طريقة الشيخين الّتى منها حرمة المتعة و أقول لو كان المستعيذ هو سائر الأئمة عليهم السّلام لم يكن ما ذكره (- قده-) بذلك البعيد لكن ستسمع نسبة ذلك الى أمير المؤمنين صلوات اللّه و سلامه عليه فى رواية ابن ميسر و من المقرّر المعلوم انّه لم يكن هو (- ره-) ليتّقى فى أصل الحكم و لا فى كيفيّة بيانه لتسالمهم على كونه (- ع-) أفضل وافقه و لم يكونوا ينكرون ذلك حتّى يمكن فى حقّه التقيّة و لعلّ ما قلناه فى نفس (- المصنف-) (- ره-) (- أيضا-) حيث جعله توجيها عجاليا و فى الجواهر انّ الأجرة فى الصّحيحين للرّدّ على بعض العامّة القائلين بردّ الجارية غير الحبلى مع الأجر إن وطئت قلت ان تمّ ما ذكره كان الاستعاذة (- ح-) من خصوص إثبات الأجر فى ذلك الفرض و وجه الاستعاذة مخالفة ذلك للحكم الواقعى الّذى يعلم به الإمام عليه السّلام لا من إثبات الأجر كلّية حتّى ينافى قولهم عليهم السّلام هنّ مستأجرات

قوله طاب ثراه ففى صحيحة ابن حازم (- اه-)

قد رواها الشيخ بإسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان بن يحيى عن منصور بن حازم

قوله طاب ثراه و صحيحة محمّد بن مسلم (- اه-)

قد رواها الشّيخ (- ره-) بإسناده عن ابن سعيد عن صفوان عن محمّد بن مسلم

قوله طاب ثراه و فى رواية طلحة (- اه-)

قد رواها ثقة الإسلام (- ره-) عن محمّد بن يحيى عن احمد بن محمّد عن محمّد بن يحيى عن طلحة بن زيد

قوله طاب ثراه و ما عن حمّاد فى الصّحيح (- اه-)

قد رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن حمّاد بن عيسى و رواه فى محكى قرب الإسناد عن محمّد بن عيسى و الحسن بن ظريف و علىّ بن إسماعيل كلّهم عن حمّاد بن عيسى الّا انّه قال انّ البيع لازم لا يردّها و يأخذ أرش العيب

قوله طاب ثراه الى غير ذلك ممّا سيجىء (- اه-)

أقول هناك اخبار لا يجىء ذكرها فمنها ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن القاسم بن محمّد عن ابان عن عبد الرّحمن بن أبى عبد اللّه البصرى قال سمعت أبا عبد اللّه سلام اللّه عليه يقول أيّما رجل اشترى جارية فوقع عليها فوجد بها عيبا لم يردّها و ردّ البائع عليه قيمة العيب و منها الصّحيح الّذى رواه هو (- ره-) بإسناده عن ابن سعيد عن فضالة عن ابان عن زرارة عن أبى جعفر صلوات اللّه و سلامه عليه قال كان علىّ بن الحسين عليهما السّلام لا يردّ الّتى ليست بحبلى إذا وطئها و كان يضع له من ثمنها بقدر عيبها و منها ما رواه الصّدوق (- ره-) بإسناده عن محمّد بن ميسر عن أبى عبد اللّه صلوات اللّه عليه قال كان علىّ سلام اللّه عليه لا يردّ الجارية بعيب إذا وطئت و لكن يرجع بقيمة العيب و كان علىّ عليه الاف التحيّة و السّلام يقول معاذ اللّه ان أجعل لها اجرا و منها ما رواه الكلينى (- ره-) عن عدّة من أصحابه عن سهل بن زياد و احمد بن محمّد جميعا عن ابن محبوب عن رفاعة النّخاس قال سألت أبا عبد اللّه صلوات اللّه و سلامه عليه قلت ساومت رجلا بجارية فباعنيها الى ان قال قلت أ رأيت ان وجدت بها عيبا بعد ما مسستها قال ليس لك ان تردّها و لك ان تأخذ قيمة ما بين الصّحة و العيب

قوله طاب ثراه و استندوا فى ذلك الى نصوص مستفيضة (- اه-)

بل احتمل فى الجواهر و غيره تواترها

قوله طاب ثراه منها صحيحة ابن سنان

قد رواها الكلينى (- ره-) عن عدّة من أصحابه عن سهيل بن زياد و احمد بن محمّد جميعا عن ابن محبوب عن ابن سنان قال سئلت أبا عبد اللّه صلوات اللّه عليه

قوله طاب ثراه و رواية عبد الملك بن عمرو

(۱۱) هذه الرّواية صحيحة السّند و قد رواها الكلينى (- ره-) عن علىّ بن إبراهيم عن أبيه عن ابن ابى عمير عن جميل بن صالح عن عبد الملك

قوله طاب ثراه و مرسلة ابن ابى عمير

(۱۲) قد رواها الشيخ (- ره-) بإسناده عن احمد بن محمّد عن الحسين بن سعيد عن ابن ابى عمير عن بعض أصحابنا عن سعيد بن يسار

قوله طاب ثراه و رواية عبد الرحمن

(۱۳) قد رواها الكلينى (- ره-) عن حميد عن الحسن بن محمّد عن غير واحد عن ابان عن عبد الرّحمن بن أبى عبد اللّه البصرى

قوله طاب ثراه و صحيحة ابن مسلم

(۱۴) الصّحة انّما هى بالنظر الى طريق الشيخ (- ره-) حيث انّه رواها بإسناده عن الحسين بن سعيد عن فضالة عن ابان عن محمّد بن مسلم و رواها الكلينى (- ره-) عن حميد بن الحسن بن محمّد عن غير واحد عن ابان عن محمّد بن مسلم و هذا الطريق مرسل

قوله طاب ثراه و روایة عبد الملک

(۱۵) هذه

ص: ۱۰۷

(- أيضا-) صحيحة لأنّه قد رواها الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن ابن ابى عمير عن جميل عن عبد الملك بن عمرو لكن الموجود فى النّسخة ابدال قيمتها بثمنها مع زيادة قوله إذا كانت حبلى

قوله طاب ثراه بل ادّعى على ظاهرها الإجماع فى الغنية (- اه-)

قلت قد ادّعاه فى مجمع الفائدة و (- ئق-) (- أيضا-)

قوله طاب ثراه خلافا للمحكى عن الإسكافى (- اه-)

هذا خلاف فى بعض الفروض و عدّه مخالفا للمشهور انّما هو باعتبار اقتضاء إطلاقهم عدم الفرق بين ما إذا كان الحمل من البائع أو من غيره بإذن البائع أو شبهة أو زنا لكن يمكن التأمّل فى دلالة عبارة الإسكافى على الاختصاص لاحتمال ان يكون كون الحمل من البائع قيد الوجوب الردّ لا لجوازه الّذى هو محلّ البحث فتكون العبارة (- ح-) مبيّنة لحكم صورة كون الحمل من المولى ساكتة عن حكم ما إذا كان الحمل من غير المولى

قوله طاب ثراه و هو ظاهر الشيخ (- ره-) فى (- يه-) (- اه-)

وجه استظهار ذلك من عبارة (- يه-) و كذا عبارة الوسيلة الآتية انّما هو إيجابهما الردّ حيث انّ الحمل لو لم يكن من البائع لا يجب الردّ و لكنّك خبير بعدم دلالة العبارتين على الاختصاص لأنّ غاية ما افادتاه انّما هو وجوب الردّ إذا كان الحمل من غير البائع بوجه نعم عبارة (- لف-) صريحة فى اختيار الاختصاص و عبارة الرّياض نصّت بعدم خلوّ ذلك عن قوّة و لكن صرّح بعدم الاختصاص فى (- كرة-) و (- مع صد-) و محكى الجامع و الكافى للحلبى و إيضاح (- فع-) قال فى (- مع صد-) المشهور بين الأصحاب انّ الأمة تردّ بعيب الحمل بعد التصرّف بالوطى و ان لم يكن الحمل من البائع للأخبار الواردة بذلك انتهى و أراد بالأخبار إطلاقها بل عمومها النّاشى من ترك الاستفصال و هذا هو مستند المشهور و امّا القول بالاختصاص فقد احتجّ له فى (- لف-) بأنّ الأصل لزوم البيع و عدم الردّ مع التصرّف خرج عنه ما لو كان الحبل من البائع لكون الجارية (- ح-) أمّ ولد لا يصحّ بيعها فيبقى الباقى على الأصل الى ان قال و تحمل الأحاديث على هذا انتهى قلت فيه أوّلا انّ أصالة اللّزوم الّتى تمسّك بها تقضى بعدم ثبوت الأرش لأنّ أخذ الأرش (- أيضا-) خلاف الوفاء بالعقد المأمور به الّذى هو مستند أصالة اللّزوم و هذا هو خلاف استصحاب اثر العقد الّذى هو مستند أخر للأصل المذكور مع انّه يثبت الأرش و ثانيا انّ التمسّك بالأصل العملى انّما يتمّ بعد إبطال الأصل اللّفظى الحاكم عليه الّذى هو هنا أصالة الإطلاق و هو قد أبطله بحمل النّصوص على صورة كون الحمل من البائع و فيه أوّلا ما نقّحناه فى المطارح من عدم صحّة الجمع إلّا إذا كان عليه شاهد من العرف أو الأخبار و شيء منهما غير موجود فى المقام فالتقييد خال عن الوجه و ثانيا انّه على ما ذكره لا وجه لتقييد التصرّف بكونه بالوطى بل اللازم (- ح-) هو الردّ على كلّ حال لبطلان البيع من رأس بكونها أمّ ولد حال البيع أشار الى ذلك فى (- مع صد-) و (- لك-) و دعوى ورود التقييد بالوطى مورد الغالب نظرا إلى انّه أظهر تصرّفات المشترى و أغلبها فى الأمة الوطى بالضّرورة كما صدرت من بعض الأواخر واضحة السّقوط فانا لا نعرف لهذه الغلبة و الأظهريّة معنى فضلا عن ان تكون ضروريّة سيّما مع ملاحظة أوّل ما يقع من التصرّفات فإنّه بلا ريب الاستخدام و الاستخبار بالأمر بقضاء الحوائج و اىّ فتى الّا النّادر من النّاس يكون أوّل تصرّفاته الوطى سيّما و الاستبراء واجب فى بعض الموارد و مندوب فى بعض أخر فإن قلت انّ ظاهر الجملة الخبريّة المستعملة فى الأخبار المزبورة فى الإنشاء انّما هو الوجوب و من البيّن انّه لا يجب الردّ إلّا إذا كان الحمل من البائع فدلّ ذلك على اختصاص مورد النّصوص بصورة كون الحمل من البائع قلنا انّه كما تقرّر فى علم الأصول إفادة الجملة الخبريّة المستعملة فى الإنشاء الوجوب فكذا تقرّر انّ الأمر الواقع عقيب توهّم الخطر لا يفيد إلّا الإباحة المحضة و توهّم الخطر هنا موجود قد نشأ من الأخبار المتقدّمة المانعة من ردّ الجارية بعد الوطى فالأمر بالردّ فى الأخبار المذكورة لمجرّد اباحة الردّ غاية ما هناك انّه لو كان الحمل من المولى وجب الردّ بحكم ما دلّ على عدم جواز شراء أمّ الولد فان قلت انّ التّأمّل فى الأخبار يقضى بكون موردها صورة كون الحمل من المولى ضرورة

انّه لو كان الحمل منه كان البيع باطلا من أصله و كان الردّ واجبا و دفع العشر أو نصفه موافقا للقاعدة لكون الوطى واقعا فى حال عدم جواز تملّكها بخلاف ما إذا كان الحمل من غير المولى فإنّه لا معنى للقصر بعد كون الوطى فى ملك المشترى و كون الفسخ مبطلا للعقد من حينه لا من أصله و عدم إيجاب وطى المالك حال الوطى ضمانا عليه بوجه فدل ذلك على اختصاص مورد الأخبار بما إذا كان الحمل من غير المولى قلت انّ ذلك قد نشأ من الجمود على القواعد و حبّ تطبيق النّصوص عليها و الإنصاف يقضى بعدم شهادة القاعدة على كون النصّ خاصّا بمورد كون الحمل من المولى فتخصيص عموم الأخبار النّاشى من ترك الاستفصال المؤيّد بما ذكر من الاعتبار لا وجه له فالقول المشهور هو المؤيّد المنصور غاية ما هناك وجوب الردّ إن كان الحمل من المولى لكونها أمّ ولد و فساد العقد من رأس بخلاف ما لو كان من غير البائع فإنّه يتخيّر بين الردّ و الأرش كما لا يخفى

قوله طاب ثراه الّا انّ العمل على هذا الظاهر يستلزم مخالفة الظّاهر من وجوه (- اه-)

هذا قريب ممّا صدر من الشهيد الثّانى (- ره-) فى (- لك-) حيث بنى على تطبيق أصل الاستثناء على القاعدة فقال انّ تحرير هذه المسئلة يتوقّف على مقدّمات الاولى انّ تصرّف المشترى فى المبيع المعيب يمنع من ردّه و ان جاز له أخذ الأرش الثّانية انّ الحمل فى الأمة عيب سوى شرط خلوّها من الحمل أم لا لانّ ولادتها تشتمل على الخطر و هو نقص محض ان قلنا انّ الحمل لا يدخل فى بيع الأمة كما هو المشهور و الّا كان نقصا من وجه و زيادة من وجه و هو كاف فى ثبوت الخيار (- أيضا-) الثّالثة انّ الوطى تصرّف بل هو من أقوى أنواع التصرّف فالأصل فيه ان يكون مانعا من الردّ الرّابعة انّ وطى المالك حال الوطى لا يستعقب عليه ضمانا للبضع لانّه تصرّف فى ماله و ان فسخ البيع بعد ذلك الوجه من الوجوه المجوّزة له الخامسة انّ المولى لو وطأ الأمة جاز له بيعها مع عدم تيقّن الحمل ثمّ ان ظهر بها حمل منه تبيّن بطلان البيع لكونها أمّ ولد و هذه المقدّمات كلّها إجماعيّة السّادسة أن وطى امة الغير جهلا بتحريمه يوجب على الواطى عشر قيمتها إن كانت بكرا و نصف العشر إن كانت ثيّبا لدلالة النّصوص على هذا التقدير السّابعة انّ الفسخ بالعيب يبطل العقد من حينه لا من أصله لتحقّق الملك بالعقد و جواز الاستمرار عليه فلا معنى لرفع ما قد ثبت انتهى ما فى (- لك-) و أقول انّ المقدّمات الخمس الأوّل قد اعترف هو (- ره-) بكونها اجماعيّة و لا يخفى انّ الأخبار بها عموما و خصوصا ناطقة أمّا الأولى فقد عرفت نطق جملة من الأخبار بها و امّا الثّانية فالأخبار الواردة فى المقام بها ناطقة و امّا الثّالثة فيكفى فى إثباتها (- أيضا-) الأخبار المشار إليها و امّا الرّابعة فالوجه فيها ظاهر لعدم مقتضى الضّمان و عدم تعقّل ضمان الإنسان لنفسه شيئا و امّا الخامسة فظاهرة (- أيضا-) لعموم تسلّط النّاس على أموالهم ما لم يعلم وجود المانع و كفاية الأصل فى دفع المشكوك و امّا السّادسة فقد أشبعنا الكلام فيها فى مبحث نكاح الإماء

ص: ۱۰۸

من منتهى المقاصد و مجملة انّ الحقّ هو ثبوت عشر قيمتها إن كانت بكرا و نصف العشر إن كانت ثيبا وفاقا للمقنع و (- يه-) و الوسيلة و المهذّب و الجامع على ما حكى للصّحيح الذى رواه الكلينى (- ره-) عن محمّد بن يحيى عن احمد بن محمّد و عن علىّ بن إبراهيم عن أبيه عن الحسن بن محبوب عن العبّاس بن الوليد عن الوليد بن صبيح عن أبى عبد اللّه سلام اللّه عليه فى رجل تزوّج أمرية حرّة فوجدها امة قد دلّت نفسها له قال إن كان الّذى زوّجها إيّاه من غير مواليها فالنّكاح فاسد قلت فكيف يصنع بالمهر الّذى أخذت منه قال ان وجد ممّا أعطاه شيئا فليأخذه و ان لم يجد شيئا فلا شيء له و إن كان زوّجها إيّاه ولىّ لها ارتجع على وليها بما أخذت منه و لمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكرا و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحلّ من فرجها الحديث و امّا السّابعة فيأتى توضيح الكلام فيها عند تعرّض الماتن (- ره-) له فى أحكام الخيار ثمّ انّه (- قدّه-) انّما رتّب هذه المقدّمات ليرتّب عليها مخالفة النّصوص المزبورة فى المقام لها و لذا قال بعد بيان إسقاط التصرّف فى الأمة للردّ و بيان ورود النّصوص باستثناء مسئلتنا هذه ما نصّه و هذا الحكم كما ترى مخالف لهذه المقدّمات من حيث جواز الردّ مع التصرّف و فى وجوب شيء على المشترى مع انّه وطأ أمته و فى إطلاق وجوب نصف العشر مع انّ ذلك عقر الثيّب و المسئلة مفروضة فيما هو أعمّ منها انتهى ما يهمّنا الآن من كلامه زيد فى إكرامه و أنت خبير بما فى الاستشكال فى المستفيض من الأخبار المعمول بها بالمخالفة للقواعد من الوهن ضرورة انّ قواعد الشرع ليست مثل المستقلّات العقليّة غير قابلة للانخرام و التّخصيص و ليت شعرى هل مستند القواعد الّا النصّ و الإجماع القابلين للتخصيص بمثلهما سيّما بعد ما شاع و ذاع حتّى صار كالمثل السّائر انّه ما من عامّ الّا و قد خصّ منه و لقد أجاد (- قدّه-) حيث نبّه على ذلك فى ذيل كلامه بقوله انّ العدول عن ظواهر هذه النّصوص الكثيرة مع عمل الأصحاب بها المناسبة الأصول غير واضح انتهى فالقول بمضمون تلك الأخبار متعيّن

قوله طاب ثراه إذ لا منشأ لتوهّم خطر ردّ الجارية (- اه-)

قد عرفت ان منشأ توهم الخطر هو الأخبار المانعة من ردّ الجارية بعد الوطى فإنّ مقتضى إطلاقها هو المنع من ردّ الموطوئة (- مط-) فيكون سوق هذه الأخبار لرفع ذلك المنع فى صورة كون الأمة حاملا و لا مانع من توهّم السائل كون المقام من موارد صحّة بيع أمّ الولد على فرض كون الحمل من المولى و قد يكون انّ الرّاوى لم يلتفت الى كونها أمّ ولد و بطلان بيعها و يشهد بالتوهم انّ الإمام عليه السّلام بعد حكمه بالردّ فى صحيح ابن سنان نقل قول أمير المؤمنين صلوات اللّه و سلامه عليه بعدم الردّ فى غير الحامل افهاما للرّاوى انّ منع الوطى من الردّ انّما هو عند عدم الحمل و دفعا لتوهّم السّائل هذا مضافا الى ما أشار إليه بعضهم من كون الأمر هنا كأكثر الأوامر الواردة فى المعاملات للإرشاد فيكون إرشادا إلى ثبوت الردّ فيما إذا لم يكن الحمل من المولى و الى فساد المعاملة فيما إذا كان الحمل من المولى فلا يحتاج (- ح-) الى تنقيح توهّم الخطر كى يناقش بما سمعت

قوله طاب ثراه الثانى مخالفة لزوم العقر (- اه-)

قلت العقر بالضّم دية فرج المرية إذا غصبت على نفسها ثمّ كثر حتّى استعمل فى المهر قاله فى المصباح المنير و توضيح ما فى المتن انّ اخبار المسئلة أثبتت العشر و نصف العشر فيلزم حملها على ما إذا كان الحمل من المولى حتّى ينكشف بسبب كونها أمّ ولد بطلان البيع من أصله و الّا لم يكن لإثبات ذلك على الواطى بعد وقوع الوطى فى ملكه من حيث انفساخ العقد من حينه لا من أصله وجه فلا بدّ امّا من حمل تلك الأخبار على صورة كون الحمل من المولى أو إنكار قاعدة عدم العقر فى وطى الملك أو إنكار قاعدة كون الردّ بالعيب فسخا من حينه و حيث لا يمكن إنكار القاعدتين يتعيّن حمل الأخبار على كون الحمل من المولى و فيه انّه كما يرتفع المحذور بحمل الأخبار على صورة كون الحمل من المولى فكذا يرتفع بالقول بثبوت العقر فى خصوص الفرض فانّ عدم العقر فى وطى الملك على إطلاقه ليس ممّا يأباه العقل و انّما ذلك من باب عدم تعقّل ثبوت شيء على الإنسان بالتصرّف فى ملك نفسه و امّا ثبوت شيء عليه بعده الفسخ و ردّ المملوكة بسبب الوطى الواقع منه فى حال ملكه ايّاها فلا يمنع منه عقل و لا نقل فلا مانع من الالتزام

بثبوته تعبّدا للأخبار المزبورة و انّما رجّحنا القول بالثبوت المذكور على حمل الأخبار على صورة كون الحمل من المولى نظرا الى انّ إباء بعض تلك الأخبار عن ذلك الحمل إلجائنا إلى إبقائها على إطلاقها و الالتزام بالثّبوت المذكور و ممّا يأبى الحمل المذكور صحيحة ابن سنان المزبورة فإنّ ذكره عليه السّلام لقول عليّ صلوات اللّه و سلامه عليه قرينة على كون المراد بالردّ فى صدر الخبر (- أيضا-) هو الردّ بالخيار إذ لو كان المراد فى الصّدر هو الردّ بسبب بطلان البيع لظهور كونها أمّ ولد و بطلان البيع لكان نقله (- ع-) بكلام عليّ عليه الاف التّحيّة خاليا عن الفائدة لكونه أجنبيّا عن فرض أمّ الولد و حاشاهم من التكلّم بما لا ربط فيه و لا فائدة

قوله طاب ثراه الثالث مخالفته لما دلّ على كون التصرّف (- اه-)

هذا منه (- قدّه-) لعجيب لانّ نسبة هذه الأخبار الى ما نطق بكون التصرّف و الوطى مانعا من الردّ هى الخصوص و العموم و جعل العام مانعا من العمل بالخاص كما ترى بعد مقاومة الخاص بسبب الكثرة و الصّحة و الاعتضاد بالعمل للعام و قابليّة لتخصيصه و اىّ مانع من كون كلّ تصرّف و كلّ وطى مانعا الّا هذا الوطى ان هذا الّا سهوا من قلمه الشّريف

قوله طاب ثراه الرّابع انّ الظاهر من قول السّائل (- اه-)

فى هذا الاستظهار نظر ظاهر عند أولى البصائر ضرورة انّ التّقييد بعدم علم البائع بالحمل كما يمكن ان يكون لإظهار انّه لو كان عالما به لم يكن ليبيعها لكونها أمّ ولده فكذا يمكن ان يكون لابداء انّه لو كان عالما بالحمل الّذى هو عيب لأخبر المشترى بذلك بل لعلّ الثانى أظهر و يشهد له شيوع ذكر السائلين بجميع قيود الفرض المسئول عنه إذا احتملوا مدخليّتها فى الحكم كذكر ابن سنان فى صحيحه المتقدّم عدم علم المشترى بالحبل فى سؤاله عن حكمها

قوله طاب ثراه و يشير اليه ما فى بعض الرّوايات المتقدّمة (- اه-)

فيه نظر لمنع الدّلالة فإن اكسائها أعمّ من تمليك الكسوة ايّاها حتى يستكشف بملكها لها عن كونها حرّة مع انّ أمّ الولد لا تكون حرّة إلّا بعد فوت سيّدها و انعتاقها من نصيب ولدها مع انّ الحرائر لا يثبت فى وطئها الثوب و انّما يثبت مهر المثل نعم مفوّضة البضع إذا وطئت يثبت فى بعض الفروض الثوب و اين ذلك من الفرض فحمل الكسوة على كسوة تساوى نصف عشر قيمتها كما صدر من الشّيخ (- ره-) لازم و الّا لكان الخبر معرضا عنه بين كافّة الأصحاب

قوله طاب ثراه الخامس ظهور هذه الأخبار (- اه-)

فيه أوّلا منع الظهور نعم لا نضايق من دعوى شمولها بإطلاقها لصورة التصرّف بالاستخدام و على فرض تسليم إسقاط مطلق التصرّف للردّ لا مانع من تقييد اخبار المقام بصورة عدم التصرّف بغير الوطى كما انّه لا مانع من تقييد ما دلّ على إسقاط التصرّف للردّ بإطلاق هذه الأخبار بان يقال انّ كلّ تصرّف مانع من الردّ إلّا إذا كان العيب حملا فإنّه لا يمنع الردّ شىء من التصرّفات حتّى الوطى الذى هو أقواها بل هذا متعين لكون النّسبة بين أخبار إسقاط التصرّف للردّ و بين هذه الأخبار هو العموم المطلق لشمول تلك لما إذا كان العيب حملا أو غيره و التصرّف وطيا أو غيره و اختصاص هذه بما إذا

ص: ۱۰۹

كان العيب حملا فلا بدّ من تخصيص عموم تلك الأخبار بخصوص هذه و ثانيا انّه (- قدّه-) قد حقّق فيما سبق عن قريب عدم إسقاط مطلق التصرّف للردّ و انّ التصرّف المسقط قبل العلم بالعيب انّما هو المغيّر للعين أو المغيّر للهيئة و انّ إسقاط مثل حلب الدابّة و ركوبها و شبه ذلك من نحو اسقنى ماء و أغلق الباب ممّا لا دليل عليه و قد تبعناه فى تحقيقه ذلك فكيف نسى مع قرب العهد ما حقّقه هناك حتّى ارتكب ما ترى و بالجملة فلعلّ غرض الماتن (- ره-) من ذكر الوجوه الخمسة تشريح ذهن المشتغلين و الّا فهو أجلّ من التأمّل فى العمل بالأخبار الكثيرة المعتضدة بالعمل لذلك

قوله طاب ثراه و تقييدها بصورة عدم هذه التصرّفات (- اه-)

قد عرفت انّه بمقتضى تحقيقه السّابق لا حاجة الى هذا التقييد حتّى يناقش فيه بكونه تقييدا بالنّادر

قوله طاب ثراه إذ يمكن تقييد الحمل (- اه-)

قد عرفت عدم الحاجة الى هذا التقييد حتّى يترتّب عليه كون التعارض من قبيل العموم من وجه لعموم اخبار منع الوطى عن الردّ من حيث الشّمول لما إذا كان التصرّف وطيا أو غيره و قد عرفت انّ الحقّ كون النّسبة بين الطّائفتين هو العموم المطلق لإطلاق تلك منع الوطى من الردّ حملا كان العيب أو غيره و اختصاص هذه الأخبار بما إذا كان العيب حملا بل التحقيق عدم كون التعارض من العموم من وجه حتّى بناء على تقييد هذه بما إذا كان الحمل من المولى لانّ دلالتها على عدم منع التصرّف غير الوطى من الردّ فيما إذا كان الحمل من المولى ليست لفظيّة حتّى تلاحظ فى النّسبة و انّما دلالتها على ذلك بالأولويّة حيث انّ الوطى إذا لم يمنع من الردّ فسائر التصرّفات بالطريق الأولى فالنّسبة هى العموم المطلق على كلّ حال

قوله طاب ثراه ما عدى الوجه الثالث (- اه-)

انّما استثناه لكونه أحد طرفى المتعارضين فلا يكون مرجّحا لنفسه و انّما سائر الوجوه تكون مرجّحة له

قوله طاب ثراه وجب الرجوع الى عموم ما دلّ على انّ احداث الحدث مسقط (- اه-)

قد عرفت تخصيص هذا العموم بحكم اخبار المقام بما إذا كان العيب حملا فإنّه (- ح-) لا يمنع التصرّف من الردّ و إن كان وطيا

قوله طاب ثراه ثمّ انّ المحكى عن المشهور إطلاق الحكم (- اه-)

توضيح المقال فى هذا المجال انّ كلمات الأصحاب هنا ان أبقيت على ظواهرها تشعّبت على أقوال ثلث أحدها ردّه معها نصف عشر ثمنها و هو مقتضى إطلاق المقنعة و الانتصار و (- ية-) و المراسم و الوسيلة و الغنية و (- ير-) و (- شاد-) و (- عد-) فى صدر كلامه و الجامع و التبصرة و (- س-) و غيرها على ما حكى عن بعضها بل فى (- مع صد-) انّه المشهور و فى الكفاية انّه المعروف بين الأصحاب ثانيها ردّه معها عشر قيمتها و هو مقتضى إطلاق ما حكى عن الحلبى فى الكافى ثالثها التفصيل ما بين لو كانت بكرا فيردّ معها العشر و بين ما لو كانت ثيّبا فيردّ نصف العشر افتى به فى (- ئر-) و (- لف-) و (- كرة-) و (- عد-) فى ذيل كلامه و (- مع صد-) و محكى إيضاح (- فع-) و الميسيّة و تعليق الاستبصار للفاضل المجلسى (- ره-) و المفاتيح و غيرها بل فى (- ئر-) انّه لا خلاف فيه بيننا و ستسمع عبارته حجّة الأوّل إطلاق صحيحة ابن سنان و صحيحة عبد الملك و رواية سعيد المزبورات و حجّة الثّانى إطلاق الصّحيح الأخر لعبد الملك المتقدّم (- أيضا-) و حجّة الثالث هو الجمع بين الأخبار بحمل الطائفة الأولى على ما إذا كانت ثيّبا و حمل الثانية على ما إذا كانت بكرا و يشهد لهذا الحمل أمور فمنها مرسل الكلينى (- ره-) المتقدّم و مراسيله عند الإنصاف لا تقصر عن مراسيل ابن ابى عمير و منها غلبة كون الحامل ثيّبا فيكون اخبار نصف العشر واردة مورد الغالب و يبقى خبر العشر محمولا على البكر و منها انّ الشّارع قد جعل عوض الوطى فى الأمة عشر قيمتها إن كانت بكرا و نصف العشر إن كانت ثيّبا و هذا منه و لكن قد يتصدّى لإرجاع خبر العشر فى المقام الى اخبار نصف العشر تارة بالحمل على الغلط من النّاسخ أو الرّاوى بإسقاط لفظ النّصف ليطابق ما رواه هذا الرّاوى بعينه حكى ذلك عن التهذيبين و أيّده فى محكى (- س-) بانّ الصّدوق (- قدّه-) ذكر هذا الخبر برجاله و فيه

نصف العشر و اخرى بحمله على كون عشر الثمن نصف عشر قيمتها و أنت خبير بما فى كلّ من الإرجاعين من النظر امّا الأوّل فلانّ الأصل عدم سقوط لفظ النّصف من الرّواية مع تأيّد الأصل برواية الكلينى (- ره-) لها (- كك-) مع انّه أضبط المحدّثين و امّا الثّانى فلوضوح انّ الحكم لم يكن فى قضيّة خاصّة حتّى يتأتّى الاحتمال المذكور بل السّؤال و الجواب وقعا على وجه الكليّة فلا مسرى للاحتمال فيه كما لا يخفى و ممّا ذكرنا ظهر سقوط إيقاع التعارض بين الطّائفتين و ترجيح اخبار نصف العشر إذ الترجيح فرع التعارض المنتفى بالاجتماع على أمر بما عرفت فان قلت كما انّ الترجيح فرع التعارض فكذا الجمع فرع المقاومة و الحجّية إذ لا معنى للجمع بين الحجّة و اللّاحجّة و من البيّن انّ صحيح العشر موهون بإطلاق النّصوص و الفتاوى على خلافه فكيف يكون مجرّد الجمع موجبا لتقييد الأخبار المعتبرة المطلقة المؤيّدة بفتاوى الطّائفة قلت انّ توقّف الجمع على حجيّة الطرفين مسلم لكن صحيح العشر حجّة شرعيّة كحجيّة اخبار نصف العشر و لا مانع من العمل بصحيح العشر الّا مخالفته لإطلاق النّصوص و الفتاوى و هو عند التأمّل غير مانع لنزولها على الغالب فإنّه حيث كان الغالب كون الحامل ثيبا كان إطلاق النّصوص و الفتاوى واردا عليه و قد يشهد لذلك نفى الخلاف فى ذلك من الحلّى فالقول الثالث هو الحقّ المتين

قوله طاب ثراه و لذا ادّعى عدم الخلاف فى (- ئر-) (- اه-)

قال فى (- ئر-) فان وجد بها عيبا بعد ان وطئها لم يكن له ردّها و كان له أرش العيب خاصّة اللّهمّ الّا ان يكون العيب من حبل فله ردّها على كلّ حال وطئها أو لم يطئها و يردّ معها إذا وطئها نصف عشر قيمتها إن كانت ثيبا و إن كانت بكرا فعشر قيمتها بغير خلاف بيننا انتهى

قوله طاب ثراه و مراده بما مضى كما يظهر لمن راجع كلامه ما ذكره سابقا (- اه-)

لم نجد هذه العبارة فى الغنية كما انّا لم نجد منه دعوى الإجماع على ثبوت نصف العشر و انّما افتى به من غير ان يذيله بدعوى الإجماع عليه قال (- ره-) فان وجد بها عيبا بعد ان وطئها لم يكن له ردّها و كان له أرش العيب خاصّة اللّهمّ الّا ان يكون العيب من حبل فيلزمه ردّها على كلّ حال وطئها أو لم يطئها و يردّ معها إذا وطئها نصف عشر قيمتها انتهى

قوله طاب ثراه و امّا الانتصار فلا يحضرنى حتّى أراجعه (- اه-)

قال فى الانتصار و ممّا انفردت به الإماميّة القول بانّ من اتباع امة فوجد بها عيبا ما عرفه من قبل بعد ان وطئها لم يكن له ردّها و كان له أرش العيب الّا ان يكون عيبها من حبل فله ردّها مع الوطى و يردّ معها إذا وطئها نصف عشر قيمتها و خالف باقى الفقهاء فى ذلك الى ان قال دليلنا على صحّة ما ذهبنا إليه الإجماع المتردّد و ليس يجرى وطى الثيّب مجرى وطى البكر لأنّ وطى البكر إتلاف لجزء منها و ليس (- كك-) الثيب انتهى قلت ما ذكره فى الذّيل ربّما يكشف عن كون نصف العشر فى الثيب (- فت-)

قوله طاب ثراه ثمّ انّ مقتضى الإطلاق جواز الردّ و لو مع الوطى فى الدّبر (- اه-)

قد استجود ذلك فى (- لك-) و افتى به فى (- كرة-) و محكى إيضاح (- فع-) و تعليق (- شاد-) و مجمع الفائدة و غيرها و علّله فى الأوّل بأنّه

ص: ۱۱۰

وطئ فى الجملة فيتناوله النصّ

قوله طاب ثراه و يمكن دعوى انصرافه الى غيره (- اه-)

يمكن منع الانصراف لكون المدار فيه على شيوع الاستعمال لا شيوع الوقوع و الثّابت فى الخارج شيوع الوقوع لا شيوع الاستعمال ثمّ لا يخفى عليك انّ هذا الفرع انّما يتأتّى على القول بجريان الحكم فيما إذا كان الحمل من غير المولى (- أيضا-) كما هو الأظهر و امّا على ما مال اليه الماتن (- ره-) من الاختصاص بصورة كون الحمل من البائع فلا اثر لهذا الفرع ضرورة وجوب الردّ (- ح-) من غير فرق بين أقسام الوطى و أقسام التصرّفات لبطلان العقد من رأس حينئذ لكونها أم ولد كما واضح

قوله طاب ثراه و فى لحوق التقبيل و اللّمس بالوطى وجهان (- اه-)

فالعدم ظاهر الأكثر و اللّحوق هو الّذى جعله فى (- لك-) أوجه قال (- ره-) هل يلحق به مقدّماته من اللّمس و القبلة و النّظر بشهوة وجهان من الأولويّة و استلزامه لها غالبا و من الاقتصار فيما خالف الأصل على مورد النصّ و توقّف فى (- س-) و له وجه إن كان وقوع تلك الأشياء على وجه الجمع بينها و بين الوطى و لو اختصّ التصرّف بها فالإلحاق به من باب مفهوم الموافقة أوجه و إن كان استثنائها (- مط-) متوجّها للملازمة انتهى ما فى (- لك-) و أنت خبير بأنّ الملازمة الغالبة غير مجدية فى الإلحاق و الأولويّة الظّنيّة غير معتبرة و القطعيّة غير مسلّمة بل قد تمنع الظنيّة (- أيضا-) لأنّ الوطى مجبور شرعا بالعقر و لم يثبت جبر غيره بشىء و الرّد بلا شىء لا يظن مساواته للرّد مع شىء كما هو واضح و الأظهر عدم إلحاقها بالوطى فى عدم المنع من الرّد فهى ان انفردت عنه مانعة من الرّد للقاعدة المقتصر فى الخروج عنها على مورد النصّ نعم ان اجتمعت مع الوطى لم تمنع من الرّد قطعا لعموم النصّ النّاشى من ترك استفصال وقوع الوطى مع المقدّمات أو بدونها و الملازمة الغالبة مؤيّدة لذلك كما لا يخفى لكن لا يخفى عليك انّ ما ذكرناه انما هو على المشهور من منع مطلق التصرّف عن الردّ امّا على مختار الماتن (- ره-) الّذى تبعناه فيه من اختصاص المنع من الرّد بالتصرّف المغيّر المهيئة أو المتلف للعين فلا يمنع اللّمس و التّقبيل من الرّد لكونهما مثل اسقنى ماء و أغلق الباب ثمّ لا يخفى عليك انّ الكلام فى هذا الفرع كسابقه فى الاختصاص بما إذا كان الحمل من غير البائع ضرورة أنّه فى صورة كونه منه يجب الرّد (- مط-) كما عرفت وجهه

قوله طاب ثراه فقد استشكل فى سقوط الرّد (- اه-)

المستشكل هو المحقّق الثّانى (- ره-) فى محكى تعليق (- شاد-) و الأقرب جواز الرّد لإطلاق ما دلّ على عدم إسقاط الوطى للرّد بعيب الحمل فيؤثر أثره و هو جواز الرّد و سقوط اثر العيب الأخر بالوطى الّذى هو من التصرّف المسقط لخيار العيب لا يوجب سقوط اثر عيب الحمل الغير السّاقط بالوطى

قوله طاب ثراه من صدق كونها معيبة (- اه-)

أراد انّه ان لوحظ الأول لزم عدم سقوط الرّد و ان لوحظ الثّانى لزم السّقوط و فيه انّ صدق كونها معيبة بغير الحمل غير موجب للسّقوط بالوطى (- مط-) بل إذا لم تكن معيبة بالحمل و الفرض وجود التعيّب بالحمل فلا معنى لتأثيره لمجرّد الاقتران بما سقط أثره بالوطى و لعلّه الى هذا يرجع ما اعترض به الماتن (- ره-) عليه و امّا ما اعترض به عليه بعض مشايخ العصر (- قدّه-) من ان مقتضى ما ذكره تساقطهما فيرجع الى أصالة اللّزوم بمطلق الحدث أو الى أصالة بقاء الجواز مع منع العموم المزبور ففيه انّه لا معنى للرّجوع الى الأصل مع بقاء اثر العيب الغير السّاقط بالوطى

قوله طاب ثراه و فيه انّ كونها معيبة (- اه-)

ربّما اعترض عليه بعض مشايخ العصر (- قدّه-) بانّ ما ذكره يقتضى سقوط الرّد بالوطى و الحبل يقتضى عدمه فيتعارضان و هو كما ترى ممّا لم افهم له محصّلا بل و لا معنى و عموم ما دلّ على الردّ بالحبل حتى بعد الوطى حجّة على المحقّق الكركى و من تبعه و

دعوى انّ المتبادر منه ان لا تكون معيبة الّا بالحبل فيقتصر فى الخروج عن القاعدة عليه فى غاية الوهن و السّقوط لمنع التبادر و قوّة العموم النّاشى من ترك الاستفصال كما لا يخفى

قوله طاب ثراه ثمّ انّ صريح بعض النّصوص و الفتاوى (- اه-)

فمن الأخبار الصّريحة فى ذلك صحيح ابن سنان و خبر محمّد بن مسلم و خبر سعيد بن يسار و ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن ابى المعزى عن فضيل مولى محمّد بن راشد قال سئلت أبا عبد اللّه عليه السّلام عن رجل باع جارية حبلى و هو لا يعلم فنكحها الّذى اشتراه قال يردّها و يردّ نصف عشر ثمنها و من كتب الفتاوى الناطقة بذلك الانتصار و الغنية و (- يع-) و (- س-) و الحواشى و غيرها

قوله طاب ثراه لكن إطلاق كثير من الرّوايات يشمل العالم

و مثل الرّوايات جملة من الفتاوى حيث انّ إطلاقها (- أيضا-) يشمل العالم و (- ح-) فقد يقال انّه قد تقرّر فى محلّه انّ من شرائط حمل المطلق على المقيّد تنافى ظاهرهما و هو هنا مفقود بالضّرورة فينبغى الأخذ بالمطلقات أيضا و الفتوى بعدم الفرق بين العلم حال الوطى بالحمل و عدمه كما عن ظاهر (- يب-) الفتوى بذلك فلا وقع (- ح-) لما قيل من اقتضاء مخالفة الحكم للقواعد الاقتصار على المتيقّن ضرورة انّ ما دلّ عليه الإطلاق بحكم المتيقّن (- أيضا-) فعدم التّفرقة أظهر و اللّه العالم نعم لا وقع لما صدر من صاحب الجواهر (- ره-) من المناقشة فى الأخبار المقيّدة بعدم العلم بكون التقييد فى أسئلتها فقط فانّ فيه انّ الأجوبة لم تنطبق الّا على الاسؤلة و كون العبرة بعموم الجواب لا خصوص السّؤال ليس هذا مورده كما لا يخفى على من أحاط خبرا بالمباحث الأصوليّة بقى هنا أمر لم يتعرّض له الماتن (- ره-) و هو انّه قد صرّح العلّامة (- ره-) فى (- كرة-) بتقييد الحكم المزبور بما إذا كان الحمل سابقا على العقد و كون التصرّف بخصوص الوطى و ذلك ظاهر المقنعة و (- يه-) و الانتصار و المراسم و الوسيلة و الكافى و الغنية و (- ئر-) و (- يع-) و (- فع-) و الجامع و (- ير-) و (- شاد-) و التبصرة و (- س-) و إيضاح (- فع-) و الميسيّة و غيرها على ما حكى عن بعضها بل ذلك صريح أكثرها عند التّأمّل فى أطراف عبائرها و إجماع الانتصار يشمل ذلك و عن تعليق (- شاد-) نسبة الثانى إلى كلام الأصحاب و الحجّة على ذلك كون مورد الأخبار ما جمع القيدين فيلزم الرّجوع فى غيره و هو ما لو فقد أحدهما إلى القواعد الّتى منها منع الوطى من الرّد لكن يمكن المناقشة فى القيد الأوّل بأنّ العيب الحادث بعد العقد قبل القبض مضمون على البائع فالحمل الحادث بعد العقد قبل القبض (- أيضا-) تردّ به الجارية حتّى بعد الوطى و الجواب انّ مقتضى القاعدة هو منع الوطى من الرّد و انّما خرجت الموطوئة الحامل بالنصّ و مورد النصّ انّما هو ما إذا كان الحمل سابقا على العقد فان قلت انّ أكثر الأخبار و ان تقيّد بالجعل الظّاهر فى سبق الحبل على العقد الّا انّ بعض الأخبار بإطلاقه يشمل ما إذا كان الحمل بعد العقد قبل القبض مثل خبر عبد الرّحمن المتضمّن لقوله الرّجل يشترى الجارية فيقع عليها فيجدها حبلى (- إلخ-) فإنّ ترك الإمام عليه السّلام الاستفصال عن سبق الحمل العقد و تأخّره عن العقد مع سبقه من القبض يفيد شمول الحكم للصّورتين قلت انّ المتبادر من هذا الخبر (- أيضا-) سبق الحمل على العقد و ترك الاستفصال انّما يوجب العموم إذا لم يكن هناك معنى ظاهر و لو سلّم فهذا الخبر مع عدم نقاء سنده ليس قابلا لتخصيص ما دلّ على سقوط الخيار بالرّضاء بالبيع و من المعلوم انّ الوطى مع العلم بالحمل رضاء قطعىّ بالبيع فيمنع من الردّ جزما و امّا القيد الثّانى و هو كون التصرّف بخصوص الوطى فالوجه فيه (- أيضا-) ما عرفت من لزوم الاقتصار فيما خالف القاعدة على مورد النصّ و مورده ما إذا كان التصرّف وطيا و هو ممّا لا بأس به الّا انّ التصرّف الّذى هو أوهن من الوطى لا يمنع الردّ امّا أوّلا فلما مرّ من انّ التصرّف المانع من الرّد انّما هو

ص: ۱۱۱

المغيّر للعين أو الهيئة دون نحو اسقنى ماء و أغلق الباب و امّا ثانيا فلقضاء الأولويّة بعدم منع التصرّف الّذى هو أوهن من الوطى من الرّد كعدم منع الوطى منه ثمّ لا يخفى انّ الحال فى هذين القيدين هى الحال فيما مرّ من قيد الجهل بالحمل و نحوه فى الاختصاص بما إذا كان الحمل من غير المولى و انّه فى صورة كون الحمل من المولى يلزم الردّ (- مط-) لتبيّن فساد البيع بسبب كونها أمّ ولد فرع لو اشتبه الحمل فلم يعلم حدوثه عند البائع أو المشترى و قلنا بالقرعة و ألحقته بمن كان وطئها فى حال كونها عند البائع ففى جواز الردّ به وجهان من الاقتصار على المتيقّن إذ لم يثبت بها موضوع السّبق على العقد الّذى هو موجب العيب و مناط الحكم و انّما ثبت بها حكمه شرعا من حيث اللحوق خاصّة و من أنّها أمارة كاشفة شرعا عن ثبوت ذلك على نحو قيام البيّنة عليه فالأظهر ثبوت الردّ بعدم منع الوطى به

[الرابع من مسقطات خيار العيب حدوث عيب عند المشترى]

اشارة

قوله طاب ثراه أعنى خيارى المجلس و الحيوان و الشرط (- اه-)

هذا منه (- قدّه-) مبنىّ على كون مورد قاعدة كون تلف المبيع و تعيّبه فى زمان الخيار ممّن لا خيار له الخيارات الثّلث و امّا بناء على المختار من اختصاصها بخيارى الحيوان و الشرط فينبغى القصر عليهما كما انّه على قول صاحب الرّياض و كاشف الظّلام من جريانها بالنّسبة الى جميع الخيارات يلزمه التعميم لها جميعا و تحقيق القول فى مجرى القاعدة يأتى عند تعرّض الماتن (- ره-) له فى أحكام الخيار (- إن شاء الله-) (- تعالى-)

قوله طاب ثراه حتى فى ثبوت الأرش فيه على الخلاف الآتى فى أحكام القبض (- اه-)

قد تعرّض (- قدّه-) لذلك فى طىّ مسئلة تلف بعض المبيع قبل القبض فلاحظ

قوله طاب ثراه و امّا الحادث فى زمن الخيار (- فكذلك-) لا خلاف فى انّه غير مانع من الردّ بل هو سبب مستقلّ موجب للردّ (- اه-)

أشار بذلك إلى القاعدة المجمع عليها الآتية فى أحكام الخيار من ان كلّ مبيع تلف فى زمان الخيار فهو ممّن لا خيار له فانّ تلك القاعدة تشمل حدوث العيب فى زمان الخيار (- أيضا-) و بعض نصوصها صريح فى الشمول لذلك مثل صحيح عبد اللّه بن سنان قال سئلت أبا عبد اللّه عليه الاف التحيّة و السّلام عن رجل يشترى الدابّة أو العبد و يشترط الى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابّة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك فقال على البائع حتّى ينقضى الشّرط ثلثة أيّام و يصير المبيع للمشترى و مرسل ابن رباط عن أبى عبد اللّه عليه الصّلوة و السّلام قال ان حدث بالحيوان قبل ثلثة أيّام فهو من مال البائع لكن كان على الماتن (- ره-) ان يقيّد عدم الخلاف فى الفرض بما إذا لم يكن حدوث العيب من جهة المشترى و الّا لم يكن مانعا من الردّ كما هو واضح

قوله طاب ثراه بل الأرش على الخلاف الآتى فيما قبل القبض بناء على اتّحاد المسئلتين (- اه-)

قلت مقتضى اتّحاد المسئلتين جريان ما اخترناه هناك هنا (- أيضا-) و هو (- قدّه-) قد اختار هناك أخيرا ثبوت الأرش و لذا أثبته هنا (- أيضا-) و نحن قد نفينا الأرش هناك و لازمه نفينا إيّاه هنا (- أيضا-) الّا انّ الّذى يخطر ببالى القاصر هو إثبات الأرش هنا و ان نفيناه هناك و ذلك لانّ صورة التعيّب قبل القبض مورد قاعدة كون التلف قبل القبض من مال بائعه الظّاهرة فى انفساخ العقد قبل التّلف و التعيّب بآن و مع الانفساخ لا محلّ للردّ و لا معنى للأرش و هذا بخلاف التعيّب فى زمان الخيار فإنّه مورد قاعدة كون تلف المبيع أو تعيّبه فى زمان الخيار من ضمان البائع و معنى الضمان فى صورة التعيّب ثبوت أرش العيب على البائع و دعوى كون المراد

بالضّمان فى التّلف هو الانفساخ و كذا فى التعيّب بقرينهٔ الجمع بينهما فى صحيح ابن سنان المتقدّم مدفوعهٔ بمنع كون المراد بالضّمان الانفساخ مضافا الى ان كون التّلف من البائع مع انتقال العين إلى المشترى لما كان خلاف القاعدهٔ و النصّ فى التلف كان ناطقا بكونه من مال البائع التجأنا هناك الى ارتكاب خلاف القاعدهٔ و قلنا بالانفساخ قبل التّلف انا ما و هنا لا داعى لنا الى ارتكاب خلاف القاعدهٔ لكون التّعبير بالضّمان المعقول بالنّسبهٔ الى غير المالك (- أيضا-) بل لا يعقل الضّمان الّا من غير المالك إذ لا يضمن الإنسان لنفسه شيئا فإن قلت انّ مرسل ابن رباط المتقدّم عبّر فى حدوث العيب (- أيضا-) بأنّه من مال بايعه قلت انّه قاصر السّند فلا يمكن ارتكاب خلاف القاعدهٔ بالأخذ به فتأمّل

قوله طاب ثراه أو بالأصل (- اه-)

إطلاق ذلک يقتضى تعميمه قاعدهٔ كون التّلف فى زمن الخيار ممّا لا خيار له لجميع الخيارات و الّا لكان يقيّده بخيار الحيوان أو به و بالمجلس و قد أشرنا الى انّ القول بالتّعميم للجميع أحد الأقوال فى المسئلهٔ

قوله طاب ثراه ففى الردّ خلاف (- اه-)

تحقيق القول فى ذلک ان يقال انّه إذا حدث العيب فى زمان الخيار أوجب ضمان البائع له بحكم قاعدهٔ كلّ مبيع تلف أو حدث فيه عيب فى زمان الخيار فهو فى ضمان من لا خيار له و لازم ذلک ثبوت الأرش من دون ردّ الّا انّ الردّ ثبت بالإجماع فيتخيّر بينهما و مع ثبوت الخيار له من هذه الجههٔ بين الردّ و الأرش له الخيار فى الردّ بسبب الخيار الأخر الّذى حدث العيب فى زمانه ما دام ذلک الخيار باقيا و إن كان المبيع المتعيّب فى زمان الخيار معيبا كان له الخيار من هذه الجههٔ (- أيضا-) بين الردّ و الأرش فإذا زال الخيار الثّانى لانقضاء زمانه كما فى المجلس و الثلاثهٔ أو للإسقاط كما فى خيار الشرط بقى الخيار من الجههٔ الأولى خاصّهٔ إن كان المعيب قبل العيب الحادث فى زمان الخيار صحيحا و من الجههٔ الأولى و الثالثهٔ إن كان المبيع المذكور معيبا و لم يوجب انقضاء زمان الخيار الثانى و سقوطه سقوط الأوّل بوجه لانّ حدوث العيب فى زمان الخيار اثبت ضمان البائع للأرش و زواله بانقضاء زمان الخيار الثانى ممّا لا دليل عليه فيستصحب الضّمان و توهّم انّ إيجاب العين الحادث فى زمان الخيار للردّ انّما هو للخيار الثانى فإذا انقضى زمانه زال الخيار كما حكى عن المحقّق (- ره-) ممّا لم نفهمه ضرورهٔ انّ الخيار الّذى حصل التعيّب فى زمانه لم يكن علّهٔ تامّهٔ لثبوت الضّمان بل المقتضى للضّمان هو حدوث العيب فى زمان الخيار فالخيار المنقضى زمانه شرط اقتضاء المقتضى و هو حدوث العيب فاذا زال الخيار لم يزل اقتضاء المقتضى لأنّ زمان الخيار ظرف الحدوث العيب و هو شرط لتأثير العيب الخارج لانّه شرط استدامهٔ و لو شككنا فى بقاء الضّمان و زواله كان استصحاب الضّمان محكما و اللّه العالم

قوله طاب ثراه و لو كان حدوث العيب فى مبيع صحيح فى مدّهٔ الخيار فالباب واحد (- اه-)

الوجه فى اتّحاد الباب ظاهر لأنّ المقتضى للضّمان انّما هو العيب الحادث فى زمان الخيار فوجود عيب سابق على العقد انّما يؤثّر خيارا ثالثا و لا ربط له بالضّمان الحادث و لا بالخيار الثابت لسببه من حيوان أو شرط أو نحوهما

قوله طاب ثراه مناف لما ذكره المحقّق فى (- يع-) من انّ العيب الحادث (- اه-)

أشار بذلک الى قول المحقّق فى المسائل الّتى ألحقها بفصل العيوب الخامسهٔ إذا حدث العيب بعد العقد و قبل القبض كان للمشترى ردّه و فى الأرش تردّد و لو قبض بعضه ثمّ حدث فى الباقى حدث كان الحكم (- ككک-) فيما لم يقبض و ما يحدث فى الحيوان بعد القبض و قبل انقضاء الخيار لا يمنع الردّ فى الثلاثهٔ انتهى و هذه العبارهٔ كما ترى لا تنافى ما غرى إلى المحقّق فى درسه لانّ مساقها عدم منع العيب الحادث بعد القبض و قبل انقضاء خيار الحيوان من الردّ بخيار الحيوان و لا تعرّض فيها لكون العيب الحادث نفسه سببا للردّ أو الأرش أم لا و على ایّ حال فالتحقيق ما عرفت

قوله طاب ثراه فالمشهور

ص: ۱۱۲

انّه مانع من الردّ (- اه-)

الوصف بالشّهرة للإشارة الى ما يأتى فى كلامه من نقل خلاف المفيد (- ره-)

قوله طاب ثراه بل عن شرح الإرشاد لفخر الإسلام و ظاهر الغنية الإجماع عليه (- اه-)

قد ادعى الإجماع على ذلك و على ثبوت الأرش فى (- ف-) و (- ط-) و خيارات الفقيه الغروىّ الشّيخ على (- ره-) و مفتاح الكرامة و محكى (- ئر-) و غيرها (- أيضا-) قال فى (- ف-) إذا اشترى شيئا و قبضه ثمَّ وجد به عيبا و كان عند البائع و حدث عنده عيب أخر لم يكن له ردّه الّا ان يرضى البائع بأن يقبله ناقصا فيكون له ردّه و يكون له الأرش ان امتنع البائع من قبوله معيبا و به قال الشافعى و قال أبو ثور و حمّاد بن ابى سليمان إذا حدث عند المشترى عيب و وجد عيبا قديما كان عند البائع ردّه و ردّ معه أرش العيب و قال مالك و احمد المشترى بالخيار بين ان يردّه مع أرش العيب الحادث و بين ان يمسكه و يرجع على البائع بأرش العيب القديم دليلنا إجماع الفرقة و اخبارهم انتهى و قال فى (- ط-) إذا باع عبدا و قطع طرف من أطرافه عند المشترى ثمَّ وجد به عيبا قديما سقط حكم الردّ إجماعا و وجب الأرش انتهى و نفى الخلاف فى سقوط الردّ و ثبوت الأرش فى الرّياض و ادّعى الاتفاق عليهما فى (- ير-)

قوله طاب ثراه و يمكن الاستدلال على الحكم فى المسئلة بمرسلة جميل المتقدّمة (- اه-)

أراد بمرسل جميل ما رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن علىّ بن إبراهيم عن أبيه عن ابن ابى عمير عن جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السّلام فى الرّجل يشترى الثوب أو المتاع فيجد فيه عيبا قال إن كان الشىء قائما بعينه ردّه على صاحبه و أخذ الثمن و إن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب و ربّما استدلّ به بعضهم للمطلوب بتقريب أخر هو عدم صراحته فى كون الحوادث من خصوص المشترى و فيه نظر ظاهر ضرورة ظهور الخبر فى كون ذلك كلّه من المشترى مع انّ الخياطة و الصّبغ ليستا من العيب فالخبر غير مسوغ لبيان سقوط الردّ بحدوث العيب فى يد المشترى

قوله طاب ثراه و استدلّ العلّامة (- ره-) فى (- كرة-) (- اه-)

قد يقرّر هذا الدّليل بوجه أخر و هو انّه لما كان القبض موجبا لانتقال ضمان المبيع اليه كان حدوث العيب فيه بمنزلة إحداثه فيه حدثا و لو كان من غير جهته إذا لم يكن حيوانا فنقصانه محسوب عليه فيمنع الردّ و يثبت الأرش لأنّه حقّ مالى ثبت بالعقد لوجوب تنزيله على صحّة البيع فيستصحب بقائه مع عدمه المانع و لا دلالة الحدوث العيب على إسقاطه إذ ليس من الرّضا و نحوه فى شىء كما هو واضح و فيه انّ انحساب النقص على المشترى لا يقتضى منعه من الردّ و انّما يقتضى ثبوت أرش النّقصان الحادث للبائع بالردّ

قوله طاب ثراه نعم لو علّل الردّ بالعيب القديم بكون الصّبر على العيب (- اه-)

قد يجعل ذلك من أدلّة القول المشهور و يقرّر بانّ تسلّط المشترى على ردّ المعيب بالعيب السّابق على العقد ليس الّا لكون صبره على المعيب ضررا عليه و لا ريب فى انّ تدارك ضرر المشترى بجواز الردّ مع تضرّر البائع بالصّبر على العيب الحادث ممّا لا يقتضيه قاعدة نفى الضّرر و ان شئت قلت ان ضرر المشترى يعارض بضرر البائع فيكون إثبات الأرش للمشترى بالعيب السّابق طريقا للجمع بين الحقين و فيه أوّلا- منع كون تسليط المشترى على الردّ لقاعدة الضّرر بل للنصّ و ثانيا انّ الجمع بين الحقّين بإثبات الأرش للمشترى ليس بأولى من الجمع بين الحقّين بإثبات الأرش للبائع فتأمّل ثمَّ انّه حيث سقط الوجوه الثلث التى هى حجج المشهور كان اللّازم مخالفتهم و الرّجوع الى أصالة عدم مانعيّة العيب الحادث من الردّ بالعيب القديم و لكن ربّما خطر بالبال القاصر وجه اربع حجّة لهم و هو انّ ما دلّ على تسلّط المشترى على الردّ لا عموم فيه يشمل الفرض فيكون أصالة عدم تسلّطه على ذلك محكمة و يثبت الأرش بالنصّ و هذا الوجه لا بأس به ظاهر إذ لا إطلاق لأدلّة التسلّط على الردّ فانّ منها مرسل جميل المخصّص لجواز الردّ بصورة بقاء الشىء بعينه الظاهر و لو بقرينة الفقرة المقابلة له فى البقاء من غير نقص و لا تعيّب كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و منها الإجماع

و هو دليل لبّى يؤخذ منه بالمتيقّن و هو غير الفرض فيرجع فى المقام إلى أصالة عدم التسلّط على الردّ المعتضدة بالإجماعات المحكية فى عبائر من مرّ من أعيان الطّائفة

قوله طاب ثراه الّا انّ الإنصاف انّ المستفاد من التمثيل فى الرّواية (- اه-)

لا- يخفى عليك انّ ما ذكره على طوله متعبة بلا ثمر بعد ما عرفت من عدم انسياق الخبر لبيان منع العيب من الردّ و ظهوره فى كونه عليه السّلام بصدد بيان منع التصرّف من الردّ كما لا يخفى

قوله طاب ثراه ثمّ انّ ظاهر المفيد (- ره-) فى المقنعة المخالفة فى أصل المسئلة (- اه-)

قال فى المقنعة ما لفظه فان لم يعلم بالعيب حتّى حدث فيه عيب أخر كان له أرش العيب المتقدّم دون الحادث ان اختار ذلك و ان اختار الردّ كان له ذلك ما لم يحدث هو فيه حدثا انتهى فانّ ظاهر إثبات الردّ فيما إذا كان العيب حادثا من غير مباشرة المشترى (- أيضا-) و إسقاطه للردّ إذا باشر هو احداث الحدث و هذا مخالف لما عليه غيره من منع العيب الحادث بعد القبض و انقضاء الخيار من الردّ (- مط-)

قوله طاب ثراه لعدم الدّليل على الثبوت بعد السّقوط (- اه-)

و لو شكّ فاستصحاب عدم جواز الردّ محكّم

قوله طاب ثراه ثمّ انّ صريح (- ط-) (- اه-)

قلت بقى هنا مطلب أخر لم يتنبّه الماتن (- ره-) عليه و هو انّه لا- فرق فى العيب الحادث بين كونه من جهة المشترى و غير جهته لإطلاق المستند نعم يستثنى منه ما لو كان المبيع حيوانا و حدث فيه العيب فى الثّلثة من غير جهة المشترى فإنّه لا يمنع من الردّ و الأرش لأنّه (- ح-) مضمون على البائع بل الظّاهر ان كلّ خيار مختصّ بالمشترى (- كك-) و توضيح ذلك انّ كلمات جملة من الأصحاب فى المقام و إن كانت شاملة بإطلاقها لصورتى كون العيب الحادث من جهة المشترى أو من غير جهته و لما إذا كان المبيع حيوانا أو غيره الّا انّه يلزم تقييدها بما إذا لم يكن المبيع حيوانا و امّا الحيوان فينبغى التفصيل فيه بين ما إذا كان الحدث من جهة المشترى و بين ما إذا كان من غير جهته بالمنع من الردّ على الأوّل دون الثانى و من هنا قال فى (- عد-) أو حدث عنده عيب أخر بعد قبضه من جهة (- مط-) أو من غير جهته إذا لم يكن حيوانا فى مدّة الخيار انتهى و يتحقّق كونه من جهته بتقصيره فى المحافظة على المبيع و خيالته و الوجه فى عدم سقوط الردّ فيما إذا كان المبيع حيوانا و لم يكن العيب بعد القبض فى الثلاثة من غير جهة المشترى انّ العيب الحادث فى زمن الخيار من غير جهة المشترى مضمون على البائع على نحو ضمانه قبل القبض و من هنا كان على العلّامة (- ره-) تعميم عدم سقوط الردّ فى ما إذا كان العيب من جهة المشترى لمطلق زمان الخيار سواء كان خيار الثلاثة فى الحيوان أو غيره لعدم اختصاص الضّمان المذكور بالحيوان كما لا يخفى

[تنبيه العيب المانع من الرد تبعض الصفقة]

قوله طاب ثراه بل الظّاهر المصرّح به فى كلمات بعض الإجماع عليه (- اه-)

(۱۱) قد نفى وجدان الخلاف فيه فى الجواهر و نفى ظهور الخلاف فيه فى الرّياض و صرّح بدعوى الإجماع عليه فى (- ف-) و الغنية قال فى (- ف-) إذا اشترى عبدين صفقة واحدة فوجد بأحدهما عيبا لم يجز له ان يردّ العبد المعيوب دون الصّحيح و له ان يردّهما و به قال الشّافعى و قال أبو حنيفة له ان يردّ المعيب دون الأخر دليلنا إجماع الفرقة و اخبارهم و (- أيضا-) انّ الصّفقة قد اشتملت عليهما

ص: ۱۱۳

فمن أجاز التّبعيض فيهما فعليه الدّلالة فامّا ردّ الكلّ فعليه إجماع الفرقة على ما قلناه انتهى و قد استدلّ بهذا الإجماع المنقول فى مفتاح الكرامة و كشف الظّلام و هو كما ترى

قوله طاب ثراه لانّ المردود إن كان جزء مشاعا (- اه-)

يقرب من هذا الوجه ما تمسّك به فى (- لك-) و غيره من تضمّن ردّ أحدهما خاصّة ضرر تبعيض الصّفقة على البائع فلا يندفع الّا بردّهما معا ان لم يتصرّف فيهما و لا فى أحدهما و بأخذ أرش المعيب

قوله طاب ثراه الّا انّه يوجب الضّرر على المشترى (- اه-)

فيه انّ ضرر المشترى لا اثر له لكونه ضررا أقدم هو عليه باختيار الردّ و ترك أخذ الأرش فيبقى جبر ضرر البائع بالخيار سليما و يسقط بذلك الاستدلال المذكور

قوله طاب ثراه و يدلّ عليه النصّ المانع من الردّ بخياطة الثوب (- اه-)

أراد بالضّمير المجرور بعلى سقوط الردّ فهذا دليل ثان للقول المعروف و أراد بالنصّ مرسل جميل المتقدّم و التقريب الّذى ذكره يحتاج إلى ضمّ انّه بعدم القول بالفصل بينه و بين ما يوجب التفريط يتمّ المطلوب لكن فى الاستدلال نظر لانّ ذكر التّقطيع فى المرسل يأبى عن كون المانع حصول الشركة و يدلّ على كون المانع هو تغيّر الهيئة و لا- أقلّ من الشكّ فى كون المانع حصول الشركة و الأصل عدم مانعيّته و عدم كونه هو المانع

قوله طاب ثراه و قد يستدلّ (- اه-)

المستدلّ هو صاحب الجواهر (- قدّه-) و ربّما استدلّ فى مفتاح الكرامة و كشف الظلام بوجه أخر هو انّ الشيخ (- ره-) قد أرسل رواية بذلك و ما أرسله مثل ما أسنده و فيه انّ ما أرسله مثل ما أسنده إن كان قد أرسل متن الرواية و امّا إرسال المضمون فلا حجّة فيه بعد ابتنائه على فهمه و اجتهاده الغير المعلوم حجّيته فى حقّ غيره

قوله طاب ثراه مضافا إلى انّ اللازم من ذلك (- اه-)

يمكن الجواب عن هذا الإيراد بمنع بطلان اللّازم و ایّ مانع من الالتزام به بعد قضاء الدّليل به

قوله طاب ثراه انّه لا يشكّ أحد فى انّ دليل هذا الخيار (- اه-)

هذا جواب ثان عن الاستدلال فالجملة فاعل الفعل المحذوف المتعلّق به المجرور اعنى قوله و فيه

قوله طاب ثراه فيرجع إلى أصالة اللّزوم (- اه-)

فيه انّ أصالة اللّزوم يلزم الخروج عنها بإطلاق النّصوص ردّ المعيب الشّاملة للمنفرد و المنضم إلى نحو الحيوان فتأمّل

قوله طاب ثراه كما انّ للشّفيع (- اه-)

هذا استيناس للمطلوب بما ذكروه فى باب الشفعة من انّه لو باع حصّة من الدّار و البستان صفقة فلشريكه فيهما أخذ أحدهما بالشفعة و ان تبعّضت الصّفقة لكن فيه وضوح الفرق بين المقامين فانّ حقّه هناك فى أحدهما غير شائع فى حقّ الأخر بخلاف الفرض و تنقيح القول فى مسئلتنا المبحوث عنها انّ الّذى تقتضيه القاعدة هو تسلّط المشترى فى الفرض على ردّ القطعة المعيبة من قطعتى المبيع لإطلاق قوله عليه السّلام فى المرسل إن كان الشىء قائما بعينه ردّه لكنّه إذا ردّه كان للبائع خيار تبعّض الصّفقة فله فسخ العقد فى الجزء الصّحيح و هذا ليس مخالفا لما عليه الأصحاب من عدم تسلّطه على ردّ المعيب وحده إذ لعلّ المراد بالتسلّط المنفى فى كلامهم هو التسلّط على ردّ المعيب و إمساك الصّحيح على غير تسلّط البائع عليه كما هو ظاهر السّلطنة و من البيّن عدم تسلّطه (- ح-) على ردّ المعيب وحده و إمساك الصّحيح و بالجملة فإن آل ما ذكره الأصحاب (رهم) إلى ذلك و الّا فإن ثبت الإجماع على ما قالوه و الّا لم يكن إلى رفع اليد عن إطلاق دليل الردّ داع الّا ان يدّعى ظهوره فى ردّ الجميع فتأمّل ثمّ انّ هنا أمورا متعلّقة بالمقام لم يتعرّض لها

الماتن (- ره-) الأوّل انّه لا فرق فى الحكم بين ما ينقص قيمته التّفريق كمصراعى الباب و زوجى الخفّ و بين غيره و لا بين حصول القبض و عدمه كما نصّ عليه كثير منهم بل قيل انّه ظاهر الجميع خلافا لبعض العامّة فأجاز ردّ المعيب خاصّة بعد القبض لأنّهما عينان لا ضرر فى افراد أحدهما عن الأخر و وجد سبب الردّ فيه فجاز افراده بالردّ كما لو شرط الخيار فى أحدهما و منع من ردّه خاصة قبله لما فيه من تبعّض الصّفقة فى الإتمام و للبعض الأخر منهم فمنع من نحو المصراعين (- مط-) و أجاز فى غيره (- مط-) لعدم الضّرر و ضعف الكلّ ظاهر الثانى انّه لو تصرّف فيهما أو فى أحدهما أو فى خصوص الصّحيح أو حدث عيب بعد القبض فيهما أو فى خصوص الصّحيح أو المعيب سقط الردّ لانّ الصحيح و المعيب بمنزلة مبيع واحد بالنّسبة الى ذلك عندنا فالتصرّف فى الصّحيح كالتصرّف فى جزء من المبيع الواحد فى إسقاط الردّ و كذا حدوث العيب فى الصّحيح كحدوثه فى جزء المبيع الواحد الثالث انّ الظّاهر انّ ما يدخل فى المبيع بالشرط أو بالتبعيّة لا يجوز افراده بالردّ (- أيضا-) كما لا يجوز افراد المبيع به عنه فلا يجوز ردّ الجارية دون حملها كالعكس لا لتحريم التفرقة بل لاتحاد الصّفقة و لذا يعمّ الدابّة (- أيضا-) كما قيل و لو كان الحمل عنده لا بتصرّفه فالحمل له و لا يمنع من ردّ الأمّ ما لم تنقص بالحمل أو الولادة كما عن (- س-) و عن القاضى انّ إطلاق كون الحمل مانعا من الردّ لانّه امّا بفعله أو بإهماله لها حتّى ضربها الفحل و كلاهما تصرّف و عليه منع ظاهر نعم قد يدّعى كون الحمل (- مط-) عيبا عندهم و قد حدث عنده فيمنع من الردّ و ان لم تنقص قيمتها بذلك و فى عموم ذلك لنحوه تأمّل ان لم يكن ظاهرا فى غيره و أصالة البقاء محكمة و فى (- كرة-) انّه لو حملت عنده ثمّ اطّلع على عيب سابق فان نقصت بالحمل فلا ردّ و ان لم تنقص به فله الردّ و أطلق بعض الشّافعيّة كون الحمل الحادث عنده نقصا امّا فى الجوارى فلأنّه يؤثر فى النشاط و الجمال و امّا فى البهائم فلأنّه ينقص المأكول و ينقص الحمل عليها و الركوب و فيه نظر ظاهر

قوله طاب ثراه فإنّ الأقوى فيه عدم جواز انفراد أحدهما (- اه-)

ما قواه هو خيرة (- فع-) و (- عد-) و (- كرة-) و (- لف-) و (- شاد-) و (- ف-) و (- ط-) فى المقام و محكى المقنعة و (- ية-) و المراسم و الوسيلة و الجامع و (- ير-) و التبصرة و كشف الرّموز و إيضاح (- فع-) و غيرها بل فى التنقيح انّه مذهب الأكثر و فى (- لف-) و (- لك-) و الجواهر و محكى إيضاح (- فع-) و المفاتيح و غيرها من كتب الأواخر انّه المشهور بين الأصحاب

قوله طاب ثراه بانّ التّشقيص عيب مانع من الردّ (- اه-)

أراد بذلك انّ حدوث العيب مانع من الردّ و التشقيص عيب لكن قد يناقش فيه على فرض تسليم صدق العيب عرفا على التشقيص بانّ العيب المانع من الردّ بمقتضى النصّ و الفتوى انّما هو العيب الحادث قبل الفسخ و امّا العيب الحادث بنفس الفسخ فلا دليل على منعه من الردّ

قوله طاب ثراه خلافا للمحكى عن الشيخ (- ره-) فى باب الشركة (- اه-)

(۱۱) اى باب الشركة من (- ط-) و (- ف-) و يأتى نقل حجج هذا القول فى شرح قول الماتن (- ره-) و لا دليل على تعدّد الخيار هنا إلّا إطلاق الفتاوى و النّصوص (- اه-) (- إن شاء الله-) (- تعالى-)

قوله طاب ثراه و ظاهر هذا الوجه اختصاص جواز التفريق بصورة العلم (- اه-)

(۱۲) أشار بذلك إلى ما صدر من جمع من أوائل المتأخرين من التفصيل فى المسئلة بين ما إذا كان البائع عالما بتعدّد المشترى و بين ما إذا كان جاهلا كما إذا وكّلا ثالثا فاشتراه لهما و لم يبيّن للبائع كون الشّراء لاثنين بجواز التفرق بردّ أحدهما حصّته و إمضاء الأخر حصّته فى الأوّل و عدم الجواز فى الثانى و لا يخفى عليك انّ من فصّل فى المسئلة فإنّما فصّل بزعم انّ المانع من التفريق انّما هو كون التشقيص عيبا و بنى الجواز فى صورة علم البائع بتعدّد المشترى على كون البائع (- ح-) هو الّذى أقدم على التشقيص بالبيع من شخصين و لكنّك قد عرفت و ستعرف انّ المنع ليس لكون التشقيص عيبا لظهور العيب المانع فى الحاصل قبل الردّ لا الحاصل

ص: ۱۱۴

به و انّ غاية ما يوجبه التشقيص خيار البائع فى فسخ العقد من رأسه و انّ المنع انّما هو لعدم المقتضى للرد (- ح-) من حيث ظهور دليله فى ردّ مجموع المبيع فيبقى ردّ البعض تحت أصالة عدم الجواز فالتّفصيل المذكور ممّا لا وقع له عند التأمّل

قوله طاب ثراه و استجوده فى (- ير-) (- اه-)

قال فى باب الشّركة من (- ير-) ما لفظه لو اشترى احد الشريكين بمال الشركة و بان معيبا و جهل الشريك بعيبه و علم البائع انّ الثمن من مال الشركة انّ لهما الاختلاف فى الردّ و الأرش قال و هذا التفصيل عندى جيّد لأنّ البائع عالم بأنّه مال شركة واحد الشريكين غائب و الأخر حاضر فهو فى قوّة عقدين انتهى

قوله طاب ثراه و قوّاه فى (- مع صد-) (- اه-)

و نفى عنه البعد فى مجمع البرهان و استحسنه فى محكى المفاتيح و حكى اختياره عن ظاهر تعليق (- شاد-) للكركى

قوله طاب ثراه لانّ الثابت من الدّليل هنا خيار واحد (- اه-)

ربّما وقع الاستدلال لهذا القول بوجوه أخر أحدها ما فى (- ف-) من انّا أجمعنا انّ لهما الخيار عند الاجتماع و لا دليل على انّ لهما الردّ على الانفراد ثانيها أصالة عدم جواز ردّ كلّ منهما ثالثها انّ المثبت للخيار من النصّ و الإجماع مخصوص بحكم التّبادر و وقوع الخلاف بغير محلّ الفرض و هذا الوجه كالوجه المذكور فى المتن يرجع إلى شىء واحد و هو التمسّك بالأصل بعد عدم الدّليل على ثبوت الخيار لكلّ منهما منفردا و هو انّما يتمّ بناء على منع شمول دليل الخيار لذلك كما ستسمع إنشاء اللّه تعالى

قوله طاب ثراه إلّا إطلاق الفتاوى و النّصوص (- اه-)

هذا الإطلاق هو حجّة القول بجواز الافتراق فى الفسخ و الإمساك مضافا إلى وجوه أخر أحدها ما فى (- ف-) من انّ المنع من الردّ بالعيب يحتاج إلى دليل و الأصل جوازه و ليس هاهنا ما يدلّ على المنع منه انتهى و فيه انّ الردّ على خلاف الأصل فإنّ الأصل فى البيع اللّزوم فالتمسّك لجواز الفسخ بالأصل ممّا لا وجه له و ان قيل انّه أراد بذلك التمسّك بعموم الأخبار النّاطقة بإيجاب العيب السّلطنة على الردّ ففيه انّه قد تمسّك بالعموم بعد ذلك فيكون تكرارا ثانيها انّ لكلّ منهما ردّ نصيبه مع ردّ الأخر فيكون له ردّه منفردا إذ لا مانع من ذلك الّا توهّم تعيّب حصّته بالتشقيص و حدوث العيب عند المشترى مانع من الردّ بالعيب السّابق على العقد و فيه ما مرّ من ظهور العيب المانع فى العيب الغير الحاصل من الردّ كما فى الفرض بل قد يقال على فرض تسليم عموم العيب انّ التعيّب جاء من قبل البائع حيث باع من اثنين و لكن قد يجاب عن ذلك بمنع كون التعيّب من قبل البائع لأنّه إنّما باعهما صفقة واحدة غير مبعّضة و انّما التبعيض يحصل من المشترى و المقصود حصول المبيع فى يد البائع كما كان قبل الخروج و خلاف ذلك ضرر عليه و علم البائع بذلك ليس فيه اقدام على الضرر الّا على تقدير كون حكم المسئلة جواز التبعيض و هو محلّ الكلام و أقول لا ريب فى ظهور العيب المانع من الردّ بالعيب السّابق على العقد فى العيب الحادث فى يد المشترى الّذى هو غير العيب الحادث بالردّ فيبقى الفرض تحت أصالة عدم سقوط الخيار غاية ما هناك انّ إيجاب التشقيص تضرّر البائع يحدث خيارا له فاذا ردّ أحدهما حصّته كان للبائع فسخ البيع من رأس فى جميع المبيع لقاعدة الضّرر ثالثها انّ العقد المذكور يجرى مجرى عقدين بسبب تعدّد المشترى فانّ تعدّد البيع يتحقّق بتعدّد البائع و بتعدّد المشترى و بتعدّد العقد و لا ريب فى انّ إمضاء أحد العقدين الخياريّين لا يمنع من ردّ الأخر و فيه أوّلا النّقض بتعدّد المبيع فانّ تعدّد البيع بالمعنى الّذى ذكره كما يحصل بتعدّد البائع و تعدّد المشترى فكذا يحصل بتعدّد المبيع فيلزم جواز ردّ احد المبيعين صفقة و إمساك الأخر و لا يلتزمون به كما مرّ و ثانيا بالحلّ بمنع تعدّد الخيار بنحو هذا التعدّد فى العقد و منع تعدّد العقد بتعدّد البائع أو المشترى و تلخيص المقال فى المسئلة انّ تعليل المنع بكون حدوث العيب فى يد المشترى مانعا و كون التشقيص عيبا ممّا لا وجه له و كذا التمسّك للجواز بالأصل و نحوه بل مرجع الإشكال فى المسئلة فى الحقيقة إلى انّه هل يعمّ دليل الردّ لمثل الفرض أم لا فان تمّ العموم كان هو الحجّة و الّا كانت أصالة عدم الجواز محكمة و الإنصاف ظهور دليل الردّ فى ردّ المبيع و هو ظاهر

ظهورا عرفيًا معتدًا به فى ردّ الجميع فيبقى ردّ البعض من غير دليل فيحكّم الأصل المؤيّد و عدم جواز فسخ المشترى الواحد فى بعض المبيع و إمساك البعض إذ لو تمَّ العموم لاقتضى جواز ذلك أيضا كما لا يخفى

قوله طاب ثراه لكن الظّاهر بعد التأمّل انصرافه (- اه-)

قد يناقش فى ذلك بمنع الانصراف لانّه على التحقيق لا يكون إلّا لغلبة استعمال اللّفظ فى معنى بحيث يكون استعماله فى غيره نادرا و لا ريب فى فقد ذلك فى المقام فانّ قوله عليه السّلام فى مرسل جميل و إن كان الشىء قائما بعينه ردّه على صاحبه و أخذ الثمن شامل للفرض فانّ حصّته من المبيع قائمة بعينها فيردّه على صاحبه و يأخذ الثمن و لو شكّ فى منع الشركة من ذلك كانت أصالة عدم المانعيّة محكّمة لكنّ الإنصاف ما عرفت

قوله طاب ثراه لكن لا ريب فى انّ ردّ هذا المبيع منفردا (- اه-)

فيه ما مرّ من ظهور دليل كون حدوث العيب مانعا من الردّ فى العيب الحاصل قبل الردّ و امّا الحاصل بنفس الردّ فلا يشمله الدّليل و الأصل عدم مانعيّته من الردّ فتأمّل جيّدا ثمّ انّه قد بقى هنا أمور متعلّقة بهذه المسئلة ينبغى التنبيه عليها الأوّل انّه صرّح جماعة منهم الشهيد الثانى (- ره-) فى (- لك-) بعدم الفرق فى حكم المسئلة بين تعدّد العين و اتّحادها و لا بين ان يقتسما قبل الافتراق فى الفسخ و الإمساك و عدمه و هو فى محلّه لاتّحاد الطّريق فى الجمع و من هنا قال كاشف الظلام انّ المسئلة مفروضة فى كلمات الفقهاء فى المبيع المتحد و الظاهر انّ الخلاف يجرى فى المتعدّد (- أيضا-) لعدم الفارق و إن كان ما ذكره أظهر فى امتناع التبعيض فيه لأنّه أشدّ ضررا فى تبعيضه و للزوم الشركة فيه فى بعض الصّور الثانى انّه قال فى (- لك-) لو كان المبيع عينين لكلّ واحد من المشتريين واحد بعينه و علم البائع بالحال و باعهما فى عقد واحد فجواز التفرّق هنا أوضح و ان أمكن تمشّى الخلاف فيه نظرا إلى اتّحاد العقد انتهى قلت إن كان المانع من التفرّق هو حدوث العيب فى المبيع بالتشقيص أو الشّركة كان اللازم فى صورة تغاير حصّة كلّ منهما عن حصّة الأخر تجويز التفرّق لفقد المانع (- ح-) و إن كان دعوى ظهور دليل الرد فى ردّ جميع المعيب و كان ردّ البعض خاليا عن الدّليل كما بنينا عليه كان اللازم التسوية فى المنع بين كون المبيع عينين كلّ منهما لأحدهما معيّنا و بين كونه عينا واحدة أو عينين اشتركا فيها أو فيهما لوجود المانع (- ح-) فى الصّورتين كما لا يخفى الثّالث انّ ما مرّ انّما هو حكم ظهور العيب فى المبيع و امّا لو ظهر العيب فى الثمن فإن كان العيب فى جميعه فقد نفى جماعة الإشكال عن خيار البائع بذلك بين الردّ و الإمساك مع الأرش و إن كان فى بعضه ففى جواز ردّه خاصّة وجهان أحدهما الجواز اختاره فى الإيضاح نظرا إلى انّ العقد فى قوّة التعدّد بسبب تعدّد المشترى و ضعّفه فى (- لك-) بانّ التعدّد بالنّسبة إليه غير واضح و انّ الفرق بين المبيع و الثمن انّ المشترى الّذى يردّ انّما يردّ تمام حصّته فيكون

ص: ۱۱۵

كأنّه ردّ تمام المبيع نظرا الى تعدّده بالنّسبة إليه لا يتأتّى فى الثمن لأنّ البائع إذا رده انّما يردّ عليهما معا إذ الفرض كونه مشتركا بينهما فاذا ردّ المعيب فقد ردّ على مستحقّه بعض حقّه و بقى البعض الأخر عنده و هو ممتنع ثانيهما عدم الجواز لأصالة عدمه بعد الشكّ فى شمول دليل الردّ لذلك استظهره صاحب الجواهر (- ره-) و ربّما يظهر من شيخ (- لك-) التفصيل بين ما إذا كان الثمن متميّز الحصص و بين ما إذا لم يكن و اشترى بالمجموع شيئا مشتركا فظهر بأحدهما عيب و كان المعيب مساويا لحصّة صاحبه بالجواز فى الأوّل و عدمه فى الثّانى لأنّه (- ره-) قال بعد استضعاف الجواز بما مرّ ما نصّه نعم لو دفع كلّ من المشتريين جزء من الثمن متميّزا و اشترى بالمجموع شيئا مشتركا فظهر بأحدهما عيب و كان المعيب مساويا لحصّة صاحبه اتّجه جواز ردّه خاصّة لمالكه لتحقّق التعدّد انتهى و لعلّ نظره فى ذلك على ما يظهر من مجموع كلاميه المذكورين انّ المبيع إذا تعيّب بالنّسبة إلى حصّة أحد المشتريين فردّها فقد ردّ تمام المبيع بالنّسبة اليه و هذا بخلاف ما إذا تعيّب بعض الثمن فإنّه إذا لم يكن ذلك البعض معيّنا لأحدهما بل مشتركا بينهما و ردّه البائع فإنّه يردّه عليهما معا و (- ح-) فاذا ردّ المعيب لم يردّ تمام المنتقل إلى من انتقل منه بل يردّ البعض و يبقى البعض امّا إذا كان الثمن متميّزا كان كالمبيع فان قلت انّ هذا الكلام فى المبيع انّما يتمّ بالنّسبة إلى متميّز الحصص كالعينين المبيعتين بعقد واحد من شخصين مع تعيّن كلّ منهما لأحدهما امّا مع التشريك فى كلّ من العينين أو مع اتّحاد العين المبيعة فمتى ردّ المعيب لم يكن ردّ المبيع عليه فقط بل المشترك فلا يصدق عليه انّه ردّ تمام المبيع بالنّسبة اليه و احتمال فرضه فى خصوص العينين المعيّن لكلّ واحد منهما واحدة مع كونه خلاف ظاهر السّياق ينافى تخصيص التّفصيل بالثمن دون المبيع قلنا ليس المراد خصوص التّسليم بل الفسخ و (- ح-) فما كان مشاعا يفسخه (- كك-) و يكون البائع هو الشريك على الإشاعة مع المشترى الّذى يختار البقاء فكان الحاصل انّه متى ظهر فى أحدهما عيب فإن كان ردّه ردّ التمام المنتقل اليه و لم يكن مستلزما لردّ غيره صحّ و الّا فلا (- فت-) الرّابع انّ مفروض المسئلة ما إذا تعدّد المشترى و امّا إذا اتّحد المشترى ابتداء و تعدّد بعد ذلك للإرث و نحوه أو انعكس ففى جريان الأحكام المذكورة فيه وجهان من المماثلة لما مرّ و من اتّحاد الصّفقة و كون التعدّد طارئا و يتّضح ذلك بما مرّ فى نظير المسئلة فى فروع خيار المجلس فراجع و تدبّر

[سقوط الأرش دون الرد فى موضعين]

[الأول إذا اشترى ربويا بجنسه فظهر عيب فى أحدهما]

مسئلة يسقط الأرش دون الردّ فى موضعين

قوله طاب ثراه فلا أرش حذرا من الرّبا

القول بعدم الأرش للشهيد (- قده-) فى (- س-) و التّعليل بالحذر من الرّبا منه (- أيضا-) و وجه كون الأرش ربا انّه بعد فرض كون العوضين ربويّين لا يجوز بيع أحدهما بالآخر الّا مثلا بمثل فاذا باع مثلا بمثل ثمّ ظهر العيب و جوّزنا أخذ الأرش كان ما يأخذه بعنوان الأرش زيادة من طرفه أوجبها البيع و كلّ زيادة تثبت فى معاوضة الرّبويين فهى رباء

قوله طاب ثراه بعد ان حكاه وجها ثالثا لبعض الشافعيّة (- اه-)

ظاهر العبارة انّ العلّامة (- ره-) حكى عن الشافعيّة وجوها فى مفروض المسئلة و ليس (- كك-) و انّما هو ذكر فى ما إذا وجد العين معيوبة و حدث عنده عيب أخر وجوها ثلثة أحدها انّه ليس له الأرش و لا الردّ مجّانا و لا الردّ مع الأرش و جعل طريق التخلّص هنا فسخ البيع و إلزام المشترى بقيمته من غير الجنس معيبا بالعيب القديم سليما عن العيب الحادث ثانيها الفسخ مع رضاء البائع و ردّ

المشتری العين مع أرشها و لا رباء ثالثها الرّجوع على البائع بأرش العيب القديم و امّا فی صورة عدم حدوث عيب عند المشتری فقد ذكر وجوها ثلثة أخر أخذ الأرش (- مط-) و عدمه (- مط-) و الأخذ من غير الجنس و عدم الأخذ من جنسه و عبارته طويلة طوينا نقله فراجع

قوله طاب ثراه حتّى يكون المقابل للمعيب الفاقد (- اه-)

ای حتّى يلزم فی حال المعاملة أن يجعل المقابل للمعيب الفاقد للصّحة انقص من المعيب من حيث المقدار ليساوی الصّحيح الأنقص للمعيوب الأزيد حتّى لا يلزم الرّبا

قوله طاب ثراه لكن يمكن ان يدّعى انّ المستفاد (- اه-)

غرضه بذلك ردّ ما أسبقه من وجه صحّة أخذ الأرش فی الفرض و توضيح الردّ انّا إذا لاحظنا حكمه بكون الصّحيح و المعيب جنسا واحدا استكشفنا بذلك عن انّه لو ضمّ إلى المعيب ما يكون بإزاء وصف الصّحة صار رباء محرّما و من المعلوم انّ الأرش عوض عن وصف صحة الصّحيح ضمّ إلى المعيب فيصير أخذ الأرش رباء فی المعاملة لكن فيه انّ حرمة الرّبا حكم ثبت على خلاف الأصل فيلزم القصر فيه على مورد النصّ و من لاحظ الأخبار و جاس خلال تلك الدّيار ظهر له تبادر حرمة التفاضل فی أصل المعاملة و انّ شمولها للفضل الحاصل بسبب له تعلّق بالمعاملة تعلّقا خارجا عن نفس المعاملة غير معلوم و من المعلوم انّ الأرش ليس ثابتا بنفس المعاملة و جعل المتعاقدين و انّما هو غرامة أثبتها الشّارع لمن وصل اليه المعيب عند اختياره التّغريم كما يكشف عن ذلك عدم الحاجة إلى إسقاط الأرش فی مواضع فمنها انّه لو اختار الإمساك من غير أرش جاز له ذلك و لم تكن حاجة إلى إسقاط الأرش و إبراء ذمّة البائع من ذلك و لو كان عوضا حقيقيّا عن وصف الصحة و بمنزلة الجزء للمعيب لاحتاج السّقوط إلى الإسقاط و منها انّه لا يتعيّن كون الأرش جزءا من الثمن فلا يجب على البائع ردّ جزء من الثمن و لو كان ظهور العيب كظهور كون بعض المبيع للغير و كان الأرش جزءا من المبيع للزم ردّ جزء من الثمن فی قباله و لثبت للبائع عند اختيار المشتری الأرش خيار تبعّض الصّفقة و منها انّه لو اشترط المشتری على البائع صحّة المبيع ثمّ تخلّف و ظهر معيبا لم يثبت الأرش بل الردّ فقط و لو كان الأرش عوضا حقيقيّا عن الصّحة معدودا جزء المبيع للزم ثبوته فی الفرض المذكور (- أيضا-) فظهر انّ الأرش غرامة أثبتها الشّارع فی صورة جهل المشتری بالعيب جبر الخاطرة و إرفاقا به عند اختياره الإبقاء و عدم الردّ فظهر انّ الأظهر عدم سقوط الأرش فی الفرض لأنّ أصالة براءة الذمة محكمة بل عمومات الأرش بالجواز ناطقة بعد عدم الدّليل على كون الأرش ربا و زيادة فی أحد العوضين فتدبّر جيّدا

قوله طاب ثراه و المسئلة فی غاية الاشكال و لا بدّ من مراجعة أدلّة الرّبا و فهم حقيقة الأرش

قد عرفت انّه لا إشكال فی الجواز لما عرفت من عدم ظهور أدلّة الرّبا إلا فی حرمة الزّيادة الثّابتة بأصل المعاملة و جعل المتعاقدين المعدودة تلك الزيادة جزء حقيقة أو حكما لأحد العوضين لا مطلق الفضل الحاصل بسبب له تعلّق بالمعاملة تعلّقا خارجا عن نفس المعاملة و لما عرفت من عدم كون الأرش جزءا للمبيع بل هو غرامة أثبتها الشارع و للّه درّ (- المصنف-) (- ره-) فی تعبيراته الّتی منها عبارته هذه حيث أشار بها إلى ملاك المسئلة

[الموضع الثانی فی سقوط الأرش دون الرد ما لو لم يوجب العيب نقصا فی القيمة]

قوله طاب ثراه ما لو لم يوجب العيب نقصا فی القيمة (- اه-)

بان كانت القيمتان متساويتين أو كانت قيمة المعيب أزيد من قيمة الصّحيح كما فی الخصاء فی العبيد و فقد شعر العانة فی الإماء الشّابات القابلات للافتراش

قوله طاب ثراه فإنّه لا يتصوّر هنا أرش (- اه-)

هـذا إشارهٔ إلی دلیل من اثبت الردّ و أسـقط الأرش فی الفرض و تقریره انّ مقتضـی الردّ هو العیب الـدائر مدار الخیار موجود و المانع منه مفقود فیثبت و امّا الأرش فلا یتصوّر ثبوته فی المقام لفقـد نقص القیمـهٔ الّـذی هو المـدار فی نقص المالیّـهٔ فإنّ الأرش تفاوت بین قیمتی الصّحیح

ص: ۱۱۶

و المعيب و إذ لا تفاوت بين القيمتين أو كان التفاوت و الزّيادة من جانب المعيب لم يمكن تعقّل الأرش و قد يعلّل سقوط الأرش فى الفرض بوجهين اخرين أحدهما أصالة برأيه ذمّة البائع من ذلك بعد ظهور أدلة ثبوته أو صراحتها فى العيوب التى توجب نقص القيمة و لا يجرى مثل ذلك فى الرد بعد فرض كونه عيبا و دوران الخيار مدار وجود العيب نصّا و فتوى ثانيهما ما فى الجواهر من انّ إثبات الأرش إضرار على البائع خصوصا إذا كان الخصى حيوانا يراد منه كثرة لحمه و شحمه و حرمة الفعل فى الآدمى بل و فى غيره كما عن نهاية الأحكام نسبته إلى علمائنا لا تنافى زيادة المال من جهته و ربّما لا يكون البائع فاعلا له بل قيل انّ المصرّح بجوازه فى غير الآدمى كثيرون خلافا للقاضى و التّقى خاصّة فلم يجوّزاه انتهى و توهّم انّ منع المشترى من أخذ الأرش إضرار به مدفوع بانجبار ضرره بتسلّطه على الرد كما لا يخفى ثمّ انّ الّذى ظهر من كلام الماتن (- ره-) فى مفروض البحث وجهان سقوط الأرش مع بقاء الرد و بقاء الرد و الأرش جميعا و هناك وجه ثالث لم يتعرّض له الماتن (- ره-) و هو سقوط كلّ من الأرش و الرد امّا الأرش فلما عرفت و امّا الرد فلأصالة عدم تسلّط المشترى عليه بعد ظهور نصوص الرد فى العيب المنقص للقيمة لا ما زاد فيها و ردّ بمنع ظهور المدّعى و بإطلاق ما دلّ على سببيّته العيب للرد سيّما مع يؤيّده بنفى شيخ الأواخر فى الجواهر الخلاف فى عدم سقوط الرد فى الفرض بل ظهور عبارتى (- كرة-) و (- مع صد-) فى الإجماع عليه و بأنّه مقتضى ما رواه ابن مسلم لابن ابى ليلى فى الشعر على الرّكب كما ستعرف فإنّه أجلى من الخصاء فى عدم نقص القيمة به فظهر انّ ثبوت الرد فى الفرض ممّا لا ينبغى الإشكال فيه و انّ سقوط الأرش هو الأظهر ثمّ انّه يتفرّع على المختار من القول لسقوط الأرش فى الفرض انّه لو تصرّف المشترى قبل العلم بالعيب أو حدث فيه عيب لا بفعل المشترى فهل يسقط الرد كما فى سائر الموارد أم لا بل يختصّ الفرض بعدم سقوط الرد بشىء منهما وجهان من عموم ما دلّ على سقوط الرد بالتصرّف و بحدوث العيب فى المعيب و من انّ التزام المشترى (- ح-) بالصّبر على المعيب مع عدم تسلّطه على أخذ الأرش (- أيضا-) ضرر عليه مضافا إلى انّ من لاحظ اخبار الرد و الأرش ظهر له ظهورها فى عدم سقوطهما جميعا فى مورد وجود العيب إلّا بالإسقاط و لا ريب فى انّ التصرّف قبل العلم بالعيب ليس إسقاطا للخيار و لا رضا بالمعيب و كذا العيب الحادث من جهة غير المشترى و قد صرّح بالاحتمال الثانى فى (- س-) و (- لك-) و الجواهر و زاد فى الأخير القول بعدم سقوط الرد بالتصرّف قبل العلم بالعيب و لا بحدوث العيب عند المشترى فيما إذا اشترى ربويّا بجنسه و ظهر فى أحد العوضين عيب ثمّ حكى عن ظاهر محكى (- س-) التّفصيل بين التصرّف و بين حدوث العيب بالإشكال فى الأوّل و تقوية بقاء الرّد فى الثّانى و هو كما ترى و يأتى فى كلام الماتن (- ره-) التعرّض لهذا الفرع بقوله عند تعداد ما يسقط به الرد و الأرش جميعا عند بعضهم و منها ثبوت أحد مانعى الرد (- اه-)

[ذكر بعض الأصحاب أمورا يسقط الرد و الأرش بهما معا]

قوله طاب ثراه أحدها العلم بالعيب قبل العقد (- اه-)

قد صرّح بسقوط الرد و الأرش جميعا به جمع كثير كالشيخين الفاضلين و الشهيدين و سائر من تأخّر عنهم و تقدّمهم بل نفى وجدان الخلاف فيه فى الجواهر و جزم بعدم الخلاف فيه فى الرّياض و نفى فى الغنية الخلاف فى سقوط خيار العيب بالرّضا

قوله طاب ثراه لانّ الخيار انّما ثبت مع الجهل (- اه-)

هذا تمسّك بالأصل و تقريره انّ الأصل لزوم العقد فيلزم الاقتصار فى الخروج منه على مورد النص و مورد نصوص خيار العيب صورة جهل المشترى بالعيب فيرجع فى صورة العلم إلى أصالة اللّزوم و قد يستدلّ بوجه أخر و هو انّ اقدامه على الشراء مع العلم بالعيب رضا منه بالعيب و لا إشكال فى عدم ثبوت الخيار فى صورة الرّضاء بالمعيب

قوله طاب ثراه و قد يستدلّ بمفهوم صحيحة زرارة المتقدّمة (- اه-)

المستدلّ هو صاحب الجواهر (- ره-) و قد أراد (- قده-) بالصّحيحة خبر زرارة المتقدّم منه عند الكلام فى كون التصرّف مسقطا للرد و قد نبهنا هناك على ما وصفه بالصحة من النّظر بعد وجود موسى بن بكر فى السّند و أراد بالمفهوم مفهوم تقييده عليه السلام الخيار بما إذا لم يبيّن له فانّ مقتضى التقييد عدم سقوط الخيار فى صورة بيان العيب للمشترى و انّما لم ينقل الماتن (- ره-) التمسّك بحسنة جعفر بن عيسى الآتية نظرا إلى كون التقييد بعدم علمه بالعيب فى كلام السّائل دون الإمام عليه السلام فغاية ما هناك سقوط الخبر عن صورة علمه بالعيب و لعلّ نظر المستدلّ بها إلى انّ تقرير الإمام عليه السلام السائل على التقييد بعدم العلم الظّاهر فى عدم الخيار فى صورة العلم حجة

قوله طاب ثراه و فيه نظر

لعلّ وجه النّظر التأمّل فى حجيّة مفهوم القيد أو انّ مفهوم الخبر انّما هو سقوط الخيار إذا بيّن له العيب و ذلك أخصّ من المطلوب إذ قد يكون عالما به من دون بيان البائع له و فيه أوّلا انّ عدم البيان كناية عن عدم العلم به لوضوح عدم اعتبار البيان من باب الموضوعيّة و ثانيا بإمكان إتمام المطلوب فى صورة العلم من دون بيان البائع بعدم القول بالفصل أو بإطلاق عدم العلم فى حسنة جعفر بن عيسى الآتية فرعان الأوّل انّه لو علم بالعيب قبل الشّراء ثمّ نسيه حين العقد ففى سقوط الخيار به وجهان من أصالة اللّزوم بعد الشك فى أصل ثبوت الخيار فى الحال بل و إطلاق النّص و الفتوى بسقوطه بالعلم بالعيب و من إطلاق ما دلّ على ثبوته خرجت صورة العلم بالنص و الإجماع الظّاهرين فى العلم به حال العقد فيبقى الفرض تحت الإطلاق و هذا أقرب لأنّ إطلاق ما دلّ على الثّبوت يبقى سالما بعد ظهور ما دلّ على السّقوط فى العلم بالعيب حال العقد فلا يشمل النسيان حاله و امّا لو شكّ فى حصول النسيان فأصالة عدمه و استصحاب العلم محكمتان الثّانى انّه ليس بحكم العلم بالعيب حال العقد فى إسقاط الخيار الظن به أو الشّك فيه أو الوهم القوىّ لعدم قدح شيء من ذلك فى أصالة السّلامة و الإطلاق دليل الخيار خرجت صورة العلم فيبقى الباقى

قوله طاب ثراه الثّانى تبرّى البائع عن العيوب (- اه-)

قد صرّح بسقوط الرد و الأرش جميعا به فى المقنعة و (- ط-) و (- ف-) و (- يه-) و المراسم و الوسيلة و (- فع-) و (- كرة-) و (- عد-) و (- شاد-) و اللمعتين و (- مع صد-) و محكى (- ير-) و الجامع و غيرها بل فى هداية الأنام انّه لا خلاف فيه

قوله طاب ثراه المصرّح به فى محكى (- ف-) و الغنية (- اه-)

قال فى (- ف-) إذا باع عبدا أو حيوانا أو غيرهما من المتاع بالبراءة من العيوب صحّ العقد و برئ من كلّ عيب ظاهرا كان أو باطنا علمه أو لم يعلمه و به قال أبو حنيفة و للشافعى فيه ثلثة أقوال أحدها مثل ما قلناه و الثّانى انّه لا يبرئ من عيب بحال علمه أو لم يعلمه بحيوان كان أو بغيره و هو مذهب الإصطخرى و به قال احمد و إسحاق و الثالث انّه لا يبرئ الّا من عيب واحد و هو عيب بباطن الحيوان لم يعلمه البائع فامّا غير هذا فلا يبرئ منه سواء كان بباطن الحيوان أو بظاهر الحيوان أو فى غير الحيوان علمه أو لم يعلمه و به قال مالك و هو الأظهر على مذهبهم فإن كان المبيع غير حيوان كالثياب و الخشب و العقار ففيها أقوال أحدها يبرئ بكلّ حال و الثانى لا يبرئ من عيب بحال و الثالث يسقط لانّه لا باطن بغير الحيوان الّا و يمكن معرفته و لا يمكن ذلك فى الحيوان و قال غيره من أصحاب الشّافعى المسئلة على قول واحد و انّه لا يبرئ الّا من عيب واحد و هو عيب بباطن الحيوان لا يعلمه و لا يبرئ من عيب سواه و هذا هو المذهب و قال

ص: ۱۱۷

ابن ابى ليلى يبرئ من كلّ عيب يعدّه على المشترى فان وجد به عيبا غير الّذى عده البائع عليه كان عليه ردّه و لا يردّه بما عدّه عليه دليلنا إجماع الفرقة على انّ البراءة من العيوب صحيح و اخبارهم عامّة فى ذلك فوجب حملها على ظاهرها و تخصيصها بعيب دون عيب يحتاج إلى دليل انتهى قلناه بطوله للانتفاع به فيما يأتى و قال فى الغنية عند تعداد المسقطات أحدها اشتراط البراءة من العيوب حالة العقد فإنّه يبرئ من كلّ عيب ظاهرا كان أو باطنا معلوما كان أو غير معلوم حيوانا كان أو غيره بدليل إجماع الطّائفة انتهى

قوله طاب ثراه إطلاق صحيحة زرارة المتقدّمة

قد عرفت آنفا تقدّمها عند الكلام فى كون التصرّف مسقطا للرد كما عرفت النّظر فى وصفها بالصّحة و وجه الدّلالة تقييده عليه السلام ثبوت الأرش بما إذا لم يتبرّء إليه فإنّ مفهومه عدم ثبوت الأرش فى صورة التبرّى لكن العجب من تنظّره فى الاستدلال بها فى صورة العلم بالعيب و استدلاله بها هنا مع انّ دلالتها فى المقامين من باب مفهوم القيد و هذا يكشف عن انّ وجه نظره هناك لم يكن كون الدّلالة بالمفهوم ثمّ لا يخفى عليك انّ المفهوم انّما يدل على بعض المقصود و هو سقوط الأرش بالتبرى و لا دلالة فيه على سقوط الرد به كما لا يخفى و ربّما استدلّ للمطلوب فى (- ف-) بعموم أدلّة الشّروط بعد كون اشتراط التبرّى غير مخالف للكتاب و لا السّنة و لا لمقتضى العقد قال (- ره-) بعد عبارته المزبورة و (- أيضا-) روى عن النبى (- ص-) انّه قال المؤمنون عند شروطهم فينبغى ان يكون على ما شرطا انتهى لكن ذلك لا يثبت ذلك على المختار من اختصاص لزوم الوفاء بالشّرط بصورة ذكره فى العقد الّا بعض المطلوب و هو ما إذا كان التبرّى فى ضمن العقد فلا يشمل ما كان قبله من دون اشارة فيه اليه و المدّعى أعمّ من ذلك

قوله طاب ثراه و مكاتبة جعفر بن عيسى الآتية (- اه-)

يأتى ذكرها فى المتن فى المسئلة الرابعة من مسائل الاختلاف فى المسقط و دلالته من وجهين أحدهما حكمه عليه السلام بثبوت الثمن الّذى هو فرع صحّة العقد الّتى هى فرع سقوط الخيار و الأخر تقريره عليه السلام الرّاوى فى إسقاطه الخيار بالتبرى و المناقشة فيها بكونها مكاتبة ساقطة بعد الاعتضاد بالشهرة العظيمة و الإجماعات المحكية كسقوط ما صدر من المحقّق الأردبيلى (- ره-) من المناقشة بمخالفتها للقاعدة من حيث انّ مقتضاها كون القول قول منكر سماع البراءة و هو عليه السلام قد حكم بخلافه و وجه السقوط ما فى (- ئق-) من ظهور الخبر فى انّ المشترى عالم بالنّداء و بالبراءة و انّه رضيه مع ذلك الّا انّه لمّا تجدّد له زهده و عدم الرّغبة ادّعى عدم علمه بالعيوب و عدم سماعه النّداء فهذه الدّعوى انّما نشئت مدالسة من حيث زهده لا من حيث العيوب فلا يكون الخبر متضمنا لما لا نقول به بل هو الحجّة البديعة فى المسئلة فتأمّل كى يظهر لك إمكان ردّ توجيه صاحب (- ئق-) بما يأتى إنشاء اللّه من (- المصنف-) (- ره-) الإشارة إليه عند الكلام فى المسئلة الرّابعة من مسائل الاختلاف فى المسقط فراجع و تدبّر لكن ذلك لا يقدح فى الاستدلال بالخبر هنا لظهور السّؤال و الجواب فى كون التبرّى مسقطا للخيار فلاحظ

قوله طاب ثراه عدم الفرق بين التبرّى تفصيلا و إجمالا (- اه-)

قد صرّح بعدم الفرق بينهما جمع كثير بل فى (- مع صد-) انّه المشهور و فى (- لف-) انّ المشهور انّه يستحبّ للبائع إذا أراد التبرّى من العيوب ان يفصّلها فاذا تبرّء منها اجمع من غير تفصيل فى العقد برئ من الجمع اختاره الشيخان و سلار و أبو الصّلاح و ابن حمزة و ابن إدريس (- إلخ-)

قوله طاب ثراه و لا بين العيوب الظّاهرة (- اه-)

قلت و لا بين علم البائع و المشترى بالعيب و جهلهما و التفريق و لا بين الحيوان و غيره بل فى (- لك-) انّه (- كك-) عندها مشيرا بذلك إلى ما مرّ فى عبارة (- ف-) من أقوال العامّة و إجماع (- ف-) المتقدّم صريح فى الشمول لجميع تلك الصّور و إطلاق النص عموم أدلّة الشّروط حجّة

قوله طاب ثراه لاشتراك الكلّ فى عدم المقتضى (- اه-)

فيه انّ المقتضى للخيار هو العيب و اللّازم انّما هو اقامة الدّليل على كون التبرّى (- مط-) مانعا فالأولى تعليل عدم الفرق بين صور التبرّى المزبورة بعمومات الشروط و إطلاق حسنة جعفر المشار إليها المؤيّد بإطلاق معاقد الإجماعات و ربّما احتجّ فى (- لف-) لكفاية التبرّى الإجمالى بأنّه يتناول كلّ عيب فيدخل تحته الجزئيّات و انّه كما ذكر الجزئيّات كذا لو ذكر الإجمالى

قوله طاب ثراه للمحكى فى (- ئر-) عن بعض أصحابنا من عدم كفاية التبرّى إجمالا (- اه-)

احتجّ بعضهم لذلك بأنّه بيع مجهول لجهالة الشّرط المؤدّية إلى جهالة العوضين إذ لا يعلم انّ اىّ عيب فيه قد برء منه البائع و ردّ بمنع الجهالة بعد المشاهدة و منع قدح الجهالة النّاشئة من العيب الباطنى و ربّما يجاب عن الحجّة بأنّ التبرّى ان جعلناه عبارة عن شرط السّقوط فلا يخلو ان قلنا انّ الشّرط (- مط-) بالنّظر إلى الجهالة كالصّلح يكفى فيه الأول إلى العلم فلا كلام و ان لم نقل بذلك و اشترطنا فيه المعلوميّة كما فى الثمن كان المخرج له فى خصوص المقام الإجماعات المنقولة و إطلاق النّصوص كما عرفت مع انّه لو تمّ لزم منه فساد العقد و لا أظنّهم يلتزمون بذلك و ان قلنا انّ التبرّى من العيوب شىء و اشتراط السّقوط شىء أخر و انّ التبرّى قائم مقام علم المشترى بالعيب لإقدامه على ذلك فى المقامين و انّما رضى بالعيب فلا خيار له و لأنّه انّما يثبت الخيار لاقتضاء إطلاق العقد السّلامة فإذا صرّح بالبراءة فقد ارتفع الإطلاق من غير فرق بين ان يأخذه شرطا أو لا و بناء على ذلك لا إشكال لأنّها جهالة فى أمر مع اعتبار جميع ما يعتبر اعتباره فى صحّة البيع فتدبّر جيّدا

قوله طاب ثراه أقول المفروض انّ الخيار لا يحدث (- اه-)

غرضه بذلك ردّ ما دفع العلّامة (- ره-) به التوهم و هو ردّ وجيه و الأولى دفع التوهّم المزبور أوّلا بالنّقض بسائر الخيارات حيث صحّ اشتراط سقوطها فى ضمن البيع مع انّها لم تحصل حين الإسقاط بل انّما تثبت بعد تمام العقد فما هو جوابه عن اشكال لزوم إسقاط ما لم يجب فيها فهو جوابنا هنا بل يمكن النّقض بنفس التبرّى من العيوب الموجودة فإنّ الخيار حين التبرّى غير ثابت و انّما يثبت بعد تمام العقد فكما جاز ذلك فكذا يجوز التبرّى من العيوب المتجدّدة و ثانيا بالحلّ بانّ مرجع التبرّى من العيوب المتجدّدة و إسقاطه الخيار الحاصل بعد تمام العقد إلى إلزام المشترى بإسقاط الخيار عند تحقّق سببه و هو غير محظور بل يمكن ان يقال ان قيام الإجماع و دلالة النّصوص على جواز التبرّى من العيوب الموجودة حال العقد يكشف عن جواز التبرّى من الحادثة بعده إذ عدم إمكان التبرّى ممّا لم يجب حكم عقلىّ غير قابل للتغيير فى موضع دون موضع فاذا دلّ الدّليل فى مورد على الجواز دلّ على عدم العبرة بذلك الحكم العقلى كلّية و كونه غير مسلم فتدبّر جيّدا

قوله طاب ثراه و الأمر سهل

لعلّ وجه السّهولة انّ كلّا من المعانى يستلزم الأخر فالتصريح بأحدها كاف فى المطلوب (- فت-)

قوله طاب ثراه ثمّ ان تبرّى البائع (- اه-)

بقى من فروع المسئلة أمور لم يتعرّض لها الماتن (- ره-) الأوّل انّه هل تدخل العيوب المتجدّدة بعد العقد قبل القبض أو فى زمن خيار المشترى فى البراءة المطلقة أم لا وجهان بل قولان اختار فى الجواهر الأوّل و قرب فى (- كرة-) الثّانى حجّة الأوّل عموم اللّفظ و حجّة الثّانى انّ المفهوم و المتبادر إلى الذهن انّما هو التبرّى من الموجود حالة العقد و أقول الأولى الرجوع فى ذلك فى كلّ قضيّة شخصيّة إلى متفاهم عرفها فى زمانها و مكانها ضرورة انّ الخيار حقّ للمشترى فلا يسقط الّا بمقدار ما أسقطه و اللّفظ كاشف عن قصده فأىّ

ص: ۱۱۸

مقدار أفاد اللّفظ الصادر منه سقوطه حكم بسقوطه و يبقى الباقى بحكم الاستصحاب فالمدار فى ذلك على عرف زمان المشترى و مكانه و مصطلح أهله الثّانى أنّ صورة التبرّى كما فى (- مع صد-) و غيره ان يقول تبرّئت من جميع العيوب أو يقول بعتك هذا بكلّ عيب أو انا برئ من كلّ عيب و نحو ذلك ممّا يفيد ذلك الثّالث انه قد استظهر فى مفتاح الكرامة و كشف الظّلام و غيرهما كفاية ذكر اللفظ المفيد للتبرّى قبل العقد كما يكفى ذكره فى أثنائه و هو لا بأس به ضرورة انّ المذكور فى العقد لا إشكال فى كفايته لشمول أدلّة الشّروط له و امّا المذكور قبل العقد فالحسن المتقدّم ظاهر فى كفايته نعم لولاه لكان اللازم هو التّفصيل بين العيب الموجود نظرا إلى كونه إسقاطا غير موقوف على لفظ خاصّ و بين المتجدّد الّذى يرجع التبرّى منه إلى إلزام المشترى بإسقاطه و لا ريب فى انّ الإلزام انّما يحصل بما يذكر فى متن العقد و يمكن ان يقال بناء على قطع النّظر عن الخبر بلزوم ذكر التبرّى فى متن العقد حتّى يندرج تحت أدلّة الشّروط فانّ الإسقاط قبل العقد غير ممكن لانّ الخيار لم يثبت بعد فتأمّل كى يظهر لك إمكان دعوى كون التبرّى قبل العقد بمنزلة علم المشترى بالعيب قبل الرد فى إيجابه ارتفاع اثر العيب من حيث إقدام المشترى على شراء المعيوب و الرّضاء به

قوله طاب ثراه فالأقرب عدم ضمان البائع (- اه-)

لعلّ الوجه فيما استقر به انّ كون التّلف فى زمان الخيار من البائع ممّا أخذ فى موضوعه خيار المشترى و علّق ضمان البائع على وقوع التّلف فى زمان خيار المشترى فإذا فرض سقوط خيار المشترى و عدم ثبوته من أصله التبرّى البائع من العيب انتفى موضوع الحكم فينتفى الحكم لعدم تعقّل بقائه من غير موضوع كما لا يخفى

قوله طاب ثراه كما صرّح به فى غير موضع من (- كرة-) (- اه-)

قد نقل بعضهم وجها أخر هو عدم سقوط شىء منهما لاستصحاب الخيار فإنّه ثبت بالعقد فاذا شكّ فى زواله بزوال العيب قبل العلم أو قبل الرد استصحب بقائه و فيه انّ الشكّ فى الزّوال لا وجه له بعد اختصاص أدلّة الخيار بصورة بقاء العيب فانّ استصحاب الخيار و إن كان مقدّما على أصالة عدم تسلّطه على الرد و الأرش و أصالة براءة ذمة البائع من دفع الأرش الّا انّ الاستصحاب انّما يجرى عند العلم بالمقتضى و الشك فى الرافع على قول و عند احتمال المقتضى على القول الأخر و عدم الاقتضاء هنا معلوم لاختصاص دليله بصورة بقاء العيب كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و لم أجد من تعرّض لهذا الفرع (- اه-)

غرضه بذلك نفى كون ما قوّاه قولا بالفصل لكنّا نقول انّا لا نوهن ما قوّاه من القول بالتّفصيل بكونه قولا بالفصل كى يجيب بعدم تبيّن بنائهم على عدم الفصل لقلّة من تعرض للفرع بل نقول انّه لو كان البناء على التفصيل لكان عكس ما ارتكبه أولى بالإذعان ضرورة كون الرد ثابتا بالدّليل اللفظى و الأرش ثابتا باللّبى و هو الإجماع و لا ريب فى انّ اللّبى إنّما يؤخذ بالمتيقّن منه و هو هنا صورة عدم زوال العيب قبل العلم أو قبل الرد بخلاف الدّليل اللّفظى فإنّ دعوى إطلاقه أسهل من التعدّى من المتيقّن من مورد اللّبى إلى المشكوك فما ارتكبه لم نفهم له عند التأمّل الصّادق وجها و القول الأوّل أظهر لما مرّ من ظهور دليل الخيار فى صورة بقاء العيب فيبقى الفرض تحت أصالة اللّزوم بعد سقوط استصحاب الخيار كما عرفت

قوله طاب ثراه و ردّ بأنّه دليل الرّضاء بالمبيع لا بالعيب

فينبغى ان يسقط به الرد لا الأرش الثابت بسبب العيب و إطلاق قوىّ زرارة (- أيضا-) يقضى بثبوت الأرش و قد ادّعى فى (- لف-) الإجماع على سقوط الرد هنا و وصف عدم سقوط الأرش بالشهرة

قوله طاب ثراه فإنّ الأرش منتف لعدم تفاوت القيمة (- اه-)

هذا انّما يتمّ بناء على عدم ثبوت الأرش فيما لا ينقص قيمته بذلك العيب و امّا على القول بثبوت الأرش فيه فلا يتمّ المطلوب بل انّما

يسقط الرد فقط

قوله طاب ثراه الّا ان يقال انّ المقدار الثّابت (- اه-)

الوجه فى ذلك ان سقوط الخيار بالتصرّف انّما هو لدلالته على الرّضا فهو إسقاط فعلى للخيار و الفعل مجمل يؤخذ بالمتيقّن منه و المتيقّن من التصرّف انّما هو الرضاء بالمبيع و هو أعم من إسقاط الأرش و انّما المتيقّن منه إسقاط الرد فتدبّر

قوله طاب ثراه و منها حدوث العيب فى المبيع المذكور (- اه-)

أراد بالمعيب المذكور المعيب الّذى لم ينقص قيمته بالعيب السّابق على العقد عند البائع و هو الّذى ذكره فى الأمر السّابق ثمّ انّ الوجه فى سقوط الرد و الأرش به انّ العيب الحادث مضمون على المشترى فيمنع من الرد بالعيب السّابق و احتمل بعضهم عدم السّقوط بل يثبت الرد مع قيمة النّقص الحادث لو كان موجبا لها امّا ثبوت الرد فللزوم الضّرر المالى على المشترى بصبره على المبيع فان قلت انّ تضرّره بالصّبر معارض بتضرّر البائع بالفسخ و نقل المعيب إلى ملكه بعد خروجه عن ملكه سليما عن هذا العيب قلنا انّ المرجع عند تعارض الضّررين انّما هو استصحاب جواز الرد الحادث قبل حدوث هذا العيب و امّا ثبوت قيمة النّقص الحادث فى يد المشترى عليه حين الرد فالوجه فيه ظاهر لكون المبيع بعد قبض المشترى إيّاه فى ضمانه فعليه قيمة النّقص للبائع كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و الاستشكال هنا بلزوم الضّرر فى محلّه (- اه-)

يعنى انّ الاستشكال الّذى تقدّم فى الأمر السّابق و هو انّه يلزم الضّرر على المشترى بصبره على المعيب و ان لم يكن له وجه هناك من جهة انّ العيب السّابق لم يكن ممّا يوجب ضررا ماليّا و كان المفروض هناك مجرّد وقوع التصرّف من المشترى من دون حدوث عيب بخلاف ما نحن فيه فانّ المفروض حدوث العيب الموجب للضرر المالى و الصّبر على إمساك المعيوب ضرر مالى فيجوز له الرد فان قلت قد تغيّر المبيع المعيوب سابقا حيث حصل فيه العيب الحادث و التّغيير مانع من الرد فكيف يسوغ للمشترى قلنا منع التغيير من الرد مختصّ بما إذا كان مورد الأرش بأن يأخذ المشترى الأرش فيكتفى عن الرد و هاهنا ليس (- ككـ-) لكون العيب السّابق ممّا لا أرش له و هذا هو الّذى ذكره (- المصنف-) (- ره-) بقوله و النص الدّال على اشتراط الرد (- اه-) جوابا عن سؤال مقدّر

قوله طاب ثراه لأنّ الصّحة فى هذا المبيع كسائر الأوصاف (- اه-)

تعليل لإعطاء المشترى قيمة النّقص الحادث و الحال انّه قد كان المبيع معيوبا بعيب سابق و الدّاعى إلى ذكر هذا التّعليل هو احتمال ان يتوهّم متوهم وجوب مقابلة كلّ من العينين بالأخرى حتى يسقط ردّ قيمة النّقص من المشترى

قوله طاب ثراه مع ما عرفت من مخالفة المفيد (- ره-) فى أصل المسئلة (- اه-)

أشار بذلك إلى ما ذكره فى طىّ الرّابع من مسقطات خيار العيب من قوله ثمّ انّ ظاهر المفيد (- ره-) فى المقنعة المخالفة فى أصل المسئلة و انّ حدوث العيب لا يمنع من الرد (- اه-)

قوله طاب ثراه و منها ثبوت أحد مانعى الرد فى المعيب (- اه-)

(۱۱) أراد بمانعى الرد تصرّف المشترى فى المبيع المعيب و حدوث عيب فيه بعد القبض و قد ذكرهما المحقّق (- ره-) فى (- يع-) بقوله و يسقط الرّد بإحداثه فيه حدثا كالعتق و قطع الثّوب سواء كان قبل العلم بالعيب أو بعده و بحدوث عيب فيه قبل القبض و يثبت الأرش حينئذ انتهى و انّما عبّر (- المص ره-) عن هذين بمانعى الرد مع انّه جعل مسقطات خيار العيب أربعة لأنّ التّصريح بالإسقاط الّذى هو أحدها من قبيل المسقط دون المانع و تلف العين الّذى هو ثالثها لا يبقى معه موضوع قابل للرد حتّى يعدّ مانعا من الرد و جعل الأوّل أوّلا باعتبار تقدّمه فى كلامه حيث قال و منها التصرّف فى المعيب

ص: ۱۱۹

و عبّر عن الثانى بالثّانى لتأخّره عن الأوّل فى كلامه حيث قال و منها حدوث العيب فى المعيب (- اه-)

قوله طاب ثراه فظاهر جماعة كونه مانعا فى ما نحن فيه من الرد أيضا

كلمة (- أيضا-) متعلّقة بقوله فيما نحن فيه لا بالرد

قوله طاب ثراه فيلزم وقوع الثمن بإزاء مجموع الثمن و وصف صحّته (- اه-)

قد يتوهم منع وقوع الثمن بإزاء مجموع المثمن وصف صحّته نظرا إلى انّ وصف صحّة الثمن يقع بإزاء وصف صحّة المثمن و عينه فى مقابل عينه و أنت خبير باندفاع هذا التوهم بما ذكره الماتن (- ره-) من انّ وصف الصحة فى الربويين لو كان يقابل بمال لجاز أخذ المشترى الأرش من البائع فعدم جوازه يكشف عن انّ وصف الصّحة فى الرّبويّين ملغى من الطّرفين فاذا ادّعى ضمان البائع للأرش لزم ان يقابل جزء من الثمن بوصف صحّة المثمن فينقص الثمن عن نفس المعيب فيلزم الرّبا فتدبّر

قوله طاب ثراه و الأوّل أولى

لعلّ وجه الأولويّة مبنىّ على انّ الرّبا على قسمين ربا المعاوضة و ربا القرض و الفسخ ليس شيئا منهما

قوله طاب ثراه اقتصر فى (- ط-) على حكايتهما (- اه-)

قال فى (- ط-) إذا اشترى من غيره ابريقا من فضّة وزنه مائة درهم بمائة درهم و وجد به عيبا و حدث فى يده عيب أخر فإنّه لا يجوز له ردّه لحدوث العيب فيه عنده و لا يجوز له الرّجوع بالأرش لأنّه ينقص الثمن من وزنه فيكون ربا و لا يجوز إسقاط حكم العيب فاذا ثبت ذلك فقد قيل انّه يفسخ البيع و يغرم المشترى قيمة الإبريق من الذّهب و لا يجوز ردّه على البائع لحدوث العيب عنده و يكون بمنزلة التّالف و قيل (- أيضا-) يفسخ البيع و يردّ الإبريق على البائع مع أرش النقصان الّذى حصل فى يد المشترى و يكون ذلك بمنزلة المأخوذ على طريق السّوم إذا حدث فيه النّقص فإنّه يجب ردّه مع أرش النقصان انتهى

قوله طاب ثراه و إلزام المشترى ببدله من غير الجنس (- اه-)

عطف على ان يكون و المشترى مفعول المصدر و حاصله انّه لا يردّ العين بل يمسكها فيعطى بدلها الموصوف بما ذكره

قوله طاب ثراه فانّ ظاهر الغنية إسقاطه للرد و الأرش (- اه-)

لعلّه إلى خلافه أشار من وصف عدم فوريّة خيار العيب بالشهرة كصاحب الجواهر و بالمعروفيّة كصاحب المفاتيح و من قيد دعوى ظهور الاتفاق بما بين المتأخّرين كصاحب الرياض حيث قال ان ظاهر أصحابنا المتأخرين كافّة نفى الفوريّة عن الخيار

قوله طاب ثراه بناء على ما تقدّم فى سائر الخيارات (- اه-)

متعلّق بقوله نعم فى سقوط الرّد وحده له وجه لا بقوله و يحتمله (- أيضا-) عبارة الغنية المتقدّمة (- اه-) كما هو ظاهر

قوله طاب ثراه و امّا الخبر الخاصّ فلم أقف عليه (- اه-)

قلت يحتمل ان يكون غرض صاحب الكفاية بالخبر الخاصّ ما رواه الجمهور فى رجل اشترى غلاما فى زمن رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و كان عنده ما شاء اللّه ثمّ ردّه من عيب وجده به لكنّه قاصر سندا الّا ان يجير بالشّهرة و دلالة من حيث ظهوره فى كون الرد عند وجدان العيب و لا بعد فى ان يكون المملوك عند الشخص سنين و لا يعثر المولى على عيبه و القائل بالفوريّة انّما يقول بها بعد العثور على العيب و الخبر لا ينفيها

قوله طاب ثراه فالقول بالفور وفاقا لمن تقدّم للأصل لا يخلو عن قوّة (- اه-)

أراد بالأصل الاقتصار على المتيقّن فى الخروج عن أصالة اللزوم و لا يخفى انقطاعها باستصحاب الخيار لكون الشك فى عروض اللّزوم مسبّبا عن الشّك فى بقاء الخيار و الّا فحدوث الجواز زمانا مسلّم و لا يضرّ كون الاستصحاب من قبيل الشك فى المقتضى لأنّه حجّة على الأظهر

قوله طاب ثراه لأنّا عرفناه (- اه-)

اى عرفنا الخلاف من الغنية قلت لكن لا يخفى عليك ما بين القدح فى نفى (- لك-) و (- ئق-) الخلاف بمخالفة الغنية الغير الصّريحة و بين جعل ففى الغنية الخلاف فى الفوريّة مؤيّدا مع مخالفة كثيرين و مخالفة الماتن (- ره-) إيّاه فى نفى الأرش من التّنافى

قوله طاب ثراه و التحقيق رجوع المسئلة إلى اعتبار الاستصحاب فى مثل هذا المقام و عدمه

(۱۱) أراد بمثل هذا المقام ما إذا كان الشك فى المقتضى و يحتمل ان يريد بذلك الإشارة إلى ما أسبقه عند الكلام فى انّ خيار الغبن على الفور أو التّراخى من المناقشة و جريان الاستصحاب و إثباته التّراخى فراجع

[مسألة فى أنه إذا باع شيئا معيوبا و لم يبينه]

قوله طاب ثراه لئلّا يكون غاشّا

(۱۲) تحرير الدليل انّ عدم البيان غشّ و الغش حرام و ترك الحرام واجب فالبيان واجب

قوله طاب ثراه و صريح (- كرة-)

(۱۳) قلت و كذا القواعد و (- فع-) و غيرهما

قوله طاب ثراه كظاهر الشرائع

(۱۴) قلت بل صريحه حيث قال و إذا أراد بيع المعيب فالأولى إعلام المشترى بالعيب أو التبرّى من العيوب مفصّلة و لو أجمل جاز انتهى و حجّة هذا القول امّا على عدم الحرمة فأصالة برأيه ذمّة البائع من وجوب شىء من الأعلام و التبرّى عليه بعد عدم الدّليل على الوجوب غاية ما هناك ثبوت الخيار للمشترى عند الاطّلاع على العيب و امّا على الاستحباب فلعلّها الخلاص ممّا يوجب النّزاع و الشّقاق أو الإغراء بترك البيان فانّ ظاهر السّكوت الحكم بالسّلامة و لم يحرم فى المقام لعدم بلوغه إلى حدّ يستقلّ العقل بقبحه

قوله طاب ثراه ظاهر جماعة التّفصيل (- اه-)

(۱۵) أراد بهم المحقّق و الشهيد الثانيين فى مع (- صد-) و (- لك-) و الفاضل الميسى و القطيفى فى إيضاح (- فع-) و مستندهم صدق الغشّ فيما إذا كان العيب خفيّا دون ما إذا كان جليّا

قوله طاب ثراه فالمحصّل من ظاهر كلماتهم خمسة أقوال (- اه-)

(۱۶) و هى استحباب الأعلام (- مط-) و وجوبه (- مط-) و وجوبه فى العيب الخفى (- مط-) أو مع عدم التبرّى دون الجلى و التخيير بين الأعلام و التبرى فى الوجوب

قوله طاب ثراه بل هذا الجمع ممكن فى كلمات الأصحاب (- مط-) (- اه-)

(۱۷) لا يخفى عليك انّ هذا حمل من غير شاهد و المدار فى كلمات الأصحاب على الظّاهر من الإطلاق و التقييد و غيرهما و استشهاده بما حكاه عن (- ئر-) فى غير محلّه لانّ الاضطراب فى كلام الحلّى غير عزيز و لو سلّم فكلام الفقيه لا يكون قرينة على ارادة خلاف الظّاهر فى كلام صاحبه و من هنا ظهر ما فى نفى سيّد الرّياض عن الخلاف جواز بيع المعيب عيبا ظاهرا مع عدم ذكر عيبه ان لم يكن غشا من النّظر فانّ ذلك منه مبنىّ على حمل عبارة (- ف-) و ما ضاهاها على العيب الخفى و هو كما ترى و كيف كان فالأظهر فى المسئلة هو إدارة الحرمة مدار صدق الغشّ عرفا

قوله طاب ثراه الّا ان يقال انّ جهالة الجزء غير مانعة (- اه-)

(۱۸) قد سبقه فى هذا الجواب المحقّق الكركى فى مع (- صد-) و فيه انّه بعد فرض انّه جنس أخر ضمّ إليه فأىّ شىء تجديه معرفة الجملة و ما نظّره به إن كان فى الجنسين المتغايرين فهو ممنوع و الّا فليس بنظير فالأظهر فى الجواب ما تسمعه من الماتن (- ره-)

قوله طاب ثراه الكلام فى مزج اللّبن بمقدار من الماء (- اه-)

(۱۹) حاصل ما ذکره انّه لا- مقتضی لفساد البیع ما لم یخرج الماء بالمزج عن حقیقته و لم یرتفع بذلک صدق اسم اللّبن علیه عرفا حقیقة و لیس ذلک من باب بیع اللّبن و غیره و انما هو من باب بیع اللّبن المعیب بالمزج الّذی لا یخرجه عن اسمه علی نحو باقی عیوبه فلا جهالة فی قدره أصلا و رأسا نعم لو کان المزج بحیث أخرجه عن حقیقته جری اشکال جهالة القدر لکن إطلاق الجماعة محمول علی الأوّل لغلبة عدم سلب المزج الاسم و لا اعتراض علیهم و أقول الإنصاف انّ ما ذکره فی الجواب عن الإشکال متین و ملخّصه انّ المضمون یختلف فمنه ما إذا ضمّ و امتزج یدخل فی الحقیقة حقیقة أو عرفا و منه ما لیس (- ککک-) و الماء مع اللّبن من قبیل الأوّل فالمبیع حقیقة واحدة فتکفی معرفة جملتها بل قد یقال بکفایة

ص: ۱۲۰

معرفة الجملة حتى مع القطع بعدم الدّخول فى الحقيقة لمجرّد إطلاق الاسم و جريان السّيرة عليه كخلط الحنطة بالشّعير بل بالتّراب و الدّهن بالأوساخ و نحو ذلك

[مسائل فى اختلاف المتبايعين]

[الأولى اختلاف المتبايعين فى موجب الخيار]

اشارة

قوله طاب ثراه مع تعذّر ملاحظته لتلفه أو نحوه (- اه-)

التّقييد بذلك للاحتراز عمّا إذا أمكن الاستعلام فإنّه يستعلم و يرتفع النزاع

قوله طاب ثراه فالقول قول منكره بيمينه (- اه-)

أراد بالمنكر منكر التعيّب الوجه فى كونه منكرا يقبل قوله بيمينه ظاهر لانّه لو ترك دعوى التعيّب لتركه الطّرف الأخر

قوله طاب ثراه نعم لو علم كونه نقصا (- اه-)

الوجه فى ذلك انّه إذا علم كونه نقصا و كان الشكّ فى كونه عيبا يحلف المنكر على عدم كونه عيبا و ينتفى أثر العيب و هو الخيار بين الرد و الأرش و يبقى حكم النّقص و هو الخيار بين الرد و الإمساك مجّانا بحاله

قوله طاب ثراه كان القول قول منكر تقدّمه (- اه-)

و هو البائع غالبا و قد صرّح بانّ القول قوله جمع منهم الشيخ و الفاضلان و الشّهيدان و غيرهم بل نفى فى الجواهر وجدان الخلاف فيه و نفى فى هداية الأنام معرفة الخلاف فيه و علّلوه بان المدّعى هو المشترى باعتبار مخالفة دعواه لأصالة عدم تقدّم الحدوث على العقد و المنكر هو البائع لموافقة قوله للأصل المذكور و أقول أوّلا انّ الاستناد فى جعل المشترى مدّعيا إلى مخالفة قوله لأصالة عدم تقدّم الحدوث على العقد و فى جعل البائع منكرا إلى موافقة قوله لها ممّا لا وجه له لمعارضة أصالة عدم تقدّم الحدوث على العقد بأصالة عدم تقدّم العقد على الحدوث فانّ كلّا من العيب و العقد حادثان لا محالة و أصالة تأخّر كلّ منهما تعارض أصالة تأخّر الأخر عند عدم معلوميّة تاريخ شىء منهما فالأولى الاستناد فى جعل المشترى مدّعيا إلى مخالفة قوله لأصالة اللّزوم و فى جعل البائع منكرا إلى موافقة قوله ايّاها و لعلّ الماتن (- ره-) أشار بالأصل إلى أصالة اللّزوم لكن الإنصاف صحّة الاستناد فى جعل المشترى مدّعيا إلى مخالفة قوله لأصالة عدم تقدّم حدوث العيب على العقد (- أيضا-) نظرا إلى انّها و إن كانت معارضة بأصالة عدم تقدّم العقد على حدوث العيب الّا انّه قد تقرّر فى محلّه انّه إذا تعارض أصلان و كان أحدهما ذا اثر دون الأخر كان ذو الأثر حجّة دون الأخر و فيما نحن فيه موضوع خيار العيب هو تقدّم حدوث العيب على العقد فأصالة عدم تقدّم الحدوث على العقد و انقضاء الخيار الأخر تستعقب عدم الخيار لانّ عدم الخيار من الآثار الشّرعية لعدم التقدّم بخلاف أصالة عدم تقدّم العقد على حدوث العيب فإنّه ليس من إثارة الشرعيّة ثبوت الخيار و انّما أثره حدوث العيب قبل العقد و اثر ذلك ثبوت الخيار فأصالة عدم تقدّم العقد مثبت فتبقى أصالة عدم تقدّم الحدوث عن العقد سليمة عن المعارض و ثانيا انّ كون المدار فى تميز المدّعى و المنكر على مخالفة قوله الأصل و الموافقة ممّا لا دليل عليه بل اللّازم هو الرّجوع فى ذلك إلى العرف و الّذى يساعد عليه العرف هو انّ المدّعى من يترك لو ترك هو الدّعوى و هنا لو ترك المشترى دعوى تسلّطه على الفسخ لتركه البائع و قد يخطر بالبال التّفرقة بين ما إذا تداعيا فى التسلّط على الفسخ و عدمه من دون ذكر السّبب فالقول قول المنكر للتسلّط و هو البائع و بين النّزاع فى أصل السّبب و هو تأخّر الحدوث عن العقد و تقدّمه عليه

فيكونان متداعيين و يتخالفان و تسقط الدّعوى لكون كلّ منهما مثبتا لشيء و منكر الأخر (- فت-)

قوله طاب ثراه و لعلّه لأصالة عدم تسليم البائع (- اه-)

هذا التّوجيه محلّ نظر أمّا أوّلا- فلانّ الأصل فى العقد اللّزوم لا عدمه فلا وجه لقوله و عدم لزوم العقد و امّا ثانيا فلانّ موافقة قول المشترى لأصالة عدم تسليم البائع العين على الوجه المقصود ممّا لا يثمر بعد اقتضاء ما هو العمدة فى التّميز و هو كون المدّعى من يترك لو ترك كون المدّعى هنا هو المشترى من حيث انّه لو ترك دعوى التسلّط على الفسخ لتركه البائع فتأمّل جيّدا

قوله طاب ثراه و الّا عمل عليها

يعنى انّه ان شهدت القرينة القطعيّة عمل عليها و ذلك ممّا لا شبهة فيه و انّما الكلام فى انّه هل يعتبر كون القرينة قطعيّة أم لا وجهان ثانيهما ظاهر (- ط-) و (- يع-) و (- فع-) و (- عد-) و (- كرة-) و (- شاد-) و الكفاية و غيرها حيث أطلقوا فيها شاهد الحال و أوّلهما صريح مع (- صد-) و (- لك-) و محكى (- س-) و غيره و قد يستظهر كون مراد المطلقين للقرينة (- أيضا-) القطعيّة منها و يستشهد لذلك بانّ الشيخ (- ره-) فى (- ط-) و ان لم يصرّح بالقطع فى القرينة لكنّه لما مثّل بما يفيده و قبل قول من شهدت له من دون يمين علمنا انّه أراد بها المفيدة للقطع و (- ككك-) (- كرة-) و أقول امّا من صرّح بإرادة القطعى من شاهد الحال فلا إشكال فى كلامه و امّا من لم يصرّح فكلامه مشتبه المراد و نحن نتكلّم على كلّ من التقديرين فنقول امّا ان كانت القرينة قطعيّة مثل ان يكون العيب زيادة إصبع أو قطع إصبع قد اندمل موضعه و قد اشتراه من يومه أو أمسه أو نحو ذلك فلا إشكال فى كون القول قول المشترى من غير يمين كما انّه لو شهدت القرينة للبائع و كانت قطعيّة كطراوة الجرح مع تطاول زمان البيع قبل قوله من غير يمين ضرورة انّ احكام البيّنة و اليمين انّما تجرى فى مورد عدم تبيّن الحال و امّا فى مثل ذلك ممّا كان فيه قرينة قطعيّة على صدق احد المتداعيين فلا مورد لليمين و لا البيّنة كما هو واضح و امّا إذا لم تكن القرينة قطعيّة فالّذى يظهر من الجماعة المتقدّم ذكر تقييدهم القرينة بالقطعيّة هو عدم اعتباره قال فى مع (- صد-) انّ الشهيد (- ره-) فى (- س-) اعتبر افادة ذلك القطع و ما أحسنه إذ القرائن المثمرة للظن الّذى لم يثبت من قبل الشّارع اعتباره يبعد المصير إليها ثمّ قال و قد يستفاد من الحكم بشهادة الحال إذا أفادت القطع بثبوته سبق العيب التعويل على ما أثمر القطع و اليقين فى كلّ موضع كالشّياع إذا بلغ مرتبة التّواتر فأثمر اليقين انتهى و أقول امّا ما ذكره من اعتبار القطع فى أىّ موضع كان و من اىّ طريق حصل ففيه خلاف محرّر فى كتاب القضاء و امّا ما ذكره من عدم العبرة بالقرائن المثمرة للظن فمتين جدّا لانّ اعتبار الظن فى أمثال ذلك ممّا لا دليل عليه ثمّ بناء على القول باعتبار الظنّ فلا ريب فى لزوم اليمين ممّن له القرينة لما فى مفتاح الكرامة من انّ أقصى ما تقتضيه شهادة الحال حينئذ ان ينقلب البائع مدّعيا للتأخّر باعتبار مخالفة قوله للظّاهر و المشترى منكرا لموافقته إيّاه و ذلك لا يفيد الّا تقديم قول المشترى بيمينه كما لا يخفى و الحقّ انّ القرينة الغير القطعيّة لا تثمر فى قلب البائع مدّعيا و المشترى منكرا لان تميّز المدّعى و المنكر بمخالفة قول الأول للظّاهر و موافقة الثّانى إيّاه ممّا لا دليل له

قوله طاب ثراه و فيه كلام فى محلّه (- اه-)

قد بيّنا فى كتاب القضاء مستوفى عدم حجيّة بيّنة المنكر و عدم سقوط اليمين عنه بذلك

قوله طاب ثراه فاذا حلف البائع فلا بدّ من حلفه على عدم تقدّم العيب (- اه-)

هذا ممّا صرّح به فى (- كرة-) و مع (- صد-) و (- لك-) و الرّياض و غيرها بل فى الأخير انّه (- ككك-) قولا واحدا و نفى فى الجواهر وجدان الخلاف فيه و فى كشف الظلام انّه إجماعيّ على ما يظهر لكن فى الجواهر ان مقتضاه عدم الاكتفاء به لو حلف على نفى العلم و هو لا يخلو من اشكال قلت لا إشكال فى ذلك بل هو فى غاية المتانة ضرورة انّ مجرّد عدم علمه بالعيب لا ينفى خيار المشترى الثابت بظهور العيب و انّما النافى له عند فقد المشترى للبيّنة انّما هو يمين البائع بعدم وجود العيب حال العقد

قوله طاب ثراه كما تدلّ عليه رواية حفص (- اه-)

أشار

ص: ۱۲۱

بذلک إلی ما رواه ثقهٔ الإسلام (- ره-) عن علیّ بن إبراهیم عن أبیه و علیّ بن محمّد القاسانی جمیعا عن القاسم بن یحیی عن سلیمان بن داود عن حفص بن غیاث عن أبی عبد اللّه صلوات اللّه و سلامه علیه قال قال له إذا رأیت شیئا فی یدی رجل یجوز لی ان اشهد انّه له قال نعم قال الرّجل أشهد انّه فی یده و لا أشهد انّه له فلعلّه لغیره فقال أبو عبد اللّه علیه السلام أ فیحلّ الشّراء منه قال نعم فقال أبو عبد الله علیه السلام فلعلّه لغیره فمن این جاز لک ان تشتری و یصیر ملکا لک ثمَّ تقول بعد الملک ذلک هو لی و تحلف علیه و لا یجوز ان تنبیه الی من صار ملکه من قبله إلیک ثمَّ قال أبو عبد الله علیه السلام لو لم یجز هذا لم یعمّ للمسلمین سوق

[فرع فی رد المعیب علی الموکل إذا باعه الوکیل]

قوله طاب ثراه ردّه علی الموکّل لأنه المالک (- اه-)

هذا فی صورهٔ تسلیم للموکّل و وصول الثمن الیه مسلّم و امّا فی صورهٔ إنکاره ذلک فهو الأظهر لأنّ وصول الثمن الیه و عدم وصوله مما لا دخل له فی الرد بالعیب ضرورهٔ انّ المالک یسلّم کون المبیع له و انّه قد وکّل البائع فی بیعه فبإیجاد الوکیل ما وکّل فیه زالت الوکالهٔ فلا یردّ المشتری المعیب الّا إلی المالک و لا یأخذ الأرش إلا منه غایهٔ ما هناک انّه ینکر قبض الثمن و ذلک دعوی بین الموکّل و الوکیل و ذلک لا یوجب عدم جواز رجوع المشتری بالثمن علی المالک بعد کون ید الوکیل ید الموکّل و من هنا افتی بردّه علی الموکّل و أخذه الثمن منه أو إمساکه و مطالبته الموکّل بالأرش جمع منهم المحقّق (- ره-) فی (- یع-) و العلّامهٔ (- ره-) فی (- عد-) و المحقّق و الشهید الثانیان و غیرهم نعم غری جمع إلی الشیخ (- ره-) فی (- ط-) القول فی صورهٔ إنکار الموکّل قبض الثمن من الوکیل بأنه یردّه علی الوکیل دون الموکّل و النّسبهٔ فی محلّها لانّه قال فی (- ط-) إذا وکّل رجلا فی بیع ماله و قبض ثمنه فادّعی انّه قبض الثمن و تلف فی یده أو دفعه الیه و صدقه المشتری علی ذلک فقال الموکّل ما قبضته من المشتری کان القول قول الوکیل علی أصحّ الوجهین فاذا حلف برئ فإن وجد المشتری بالمبیع عیبا کان له ردّه بالعیب فإن أقام البینهٔ علی انّه دفعه إلی الموکّل أو إلی الوکیل ثمنه کان له ردّ المبیع علی أیّهما شاء و مطالبته بالثمن و ان لم یکن له بیّنهٔ لم یکن له مطالبهٔ الموکّل لانّه لم یثبت له دفع الثمن الیه و له مطالبهٔ الوکیل بالثمن و ردّ المبیع إلیه لأنّه أقرّ بقبض الثمن منه و لیس للوکیل مطالبهٔ الموکّل و یکون القول قول الموکّل مع یمینه انّه لا یعلم انّه قبض الثمن من المشتری فإذا حلف لم یکن له مطالبته الّا ان یقیم بیّنهٔ علی ما یدّعیه من قبض الثمن من المشتری و تلفه فی یده أو دفعه الیه انتهی کلامه علا مقامه و هو فی غایهٔ الصّراحهٔ فیما غری الیه و قد نقل العبارهٔ علی غیر هذا الوجه فی مفتاح الکرامهٔ لکنّه اعترف بأنّ النّسخهٔ التی نقلها منها کثیرهٔ الغلط و لعلّه قد سقط منها من قوله لانّه لم یثبت إلی قوله بالثّمن و العجب من الشیخ صاحب الجواهر (- ره-) حیث انه مع اعتراف النّاقل المذکور بکون النّسخهٔ کثیرهٔ الغلط قد عوّل علی النّقل المذکور فقال انّ المحکی من عبارهٔ (- ط-) خال عمّا غری إلیه ثمَّ ساق العبارهٔ المغلوطهٔ ثمَّ قال انّها کما تری ظاهرهٔ أو صریحهٔ فی الرد إلی الموکّل من دون مطالبته الثمن انتهی و هو کما تری تصدیق للعادل فیما یعترف بعدم وثوقه بصدق ما نقله مع انّ العبارهٔ المغلوطهٔ غیر صریحهٔ و لا ظاهرهٔ فیما غراه الیه بل محتملهٔ لذلک و لما غراه الیه مشتبهٔ المراد لانّ محل الاستفادهٔ منها هو قوله (- ره-) و ان لم یکن ببیّنهٔ لم یکن له مطالبهٔ الموکّل بالثّمن و ردّ المبیع علیه لانّه ما أقرّ بقبض الثّمن منه (- اه-) و هو کما تری انّما یکون ظاهرا أو صریحا فی انّه یردّ المعیب إلی الموکّل و لا یطالبه بالثّمن ان لو کانت کلمهٔ ردّ فعل ماض معطوفا علی جملهٔ لم یکن له مطالبته (- اه-) و هو غیر معلوم لاحتمال کونها مصدرا مرفوعا معطوفا علی اسم یکن و هو کلمهٔ المطالبهٔ أی لم یکن له مطالبهٔ الموکّل بالثمن و لا ردّ المبیع علیه بل لعلّ سیاق العبارهٔ و لحاظ سلاستها یقتضی الثّانی سیّما مع انّه لو کان معطوفا علی جملهٔ لم یکن (- اه-) لم یکن للعلّهٔ ربط بها فکان ذلک فصلا بین العلّهٔ و المعلول و أغرب ممّا صدر من صاحب الجواهر (- ره-) ما صدر من

بعض تلامذته من ارتكاب التكلّفات فى عبارة (- ط-) من دون ان يراجع نسخة (- ط-) و كيف كان فقد احتجّ لهذا القول بأنّه لم يثبت وصول الثمن اليه حتّى يرد عليه المثمن المعيوب و انّما غاية ما هناك هو سقوط مطالبته به للوكيل بدعواه انّه قبضه و تلف منه مع يمينه بل و مطالبته للمشترى بناء على انّ ذلك مقتضى سقوط الحقّ عنه لاتّحاده و هذا السّقوط كما ترى لا يقتضى وصول الثمن اليه و لو بقبض الوكيل و فيه انّ الفرض وقوع العقد للموكّل فيكون المعاملة معه و يكون المبيع بعد ظهور العيب له و وصول الثمن اليه و عدمه لا مدخل الشيء منهما فى المنع من ردّ المعيب إلى الموكّل بل قد لا يجوز ردّه على الوكيل إذ لم يكن وكيلا على قبضه عند ردّ المشترى بالعيب مضافا إلى انّ يد الوكيل يد الموكّل و قبضه قبضه ثمّ على المختار لا ريب فى جواز مطالبة المشترى الموكّل بالثّمن مع قيام البيّنة بدفع المشترى إيّاه إلى الوكيل إذ هو (- ح-) كدفعه إليه لأنّ يد الوكيل يد الموكل و امّا مع عدم قيام البيّنة بالدّفع و ثبوت الدّفع بحلف الوكيل عليه ففى جوازه مطالبة الموكّل بالثّمن وجهان مبنيّان على كون اليمين طريقا شرعيّا لإثبات وقوعه فى الخارج كالبيّنة فيطالب به الموكّل أم لا بل هى لمجرّد سقوط الضّمان عن الوكيل فلا يطالب به الموكّل لعدم معلوميّة وصوله اليه أو إلى وكيله نعم للمشترى بعد الفسخ ان يأخذ المبيع مقاصّة عن الثمن بعد اعترافه بالوكالة و بقبض الوكيل الموجب لشغل ذمّة الموكل به فى الواقع كما انّ الموكّل لدعواه بقاء الثّمن فى ذمّة المشترى له ان يأخذ المبيع مقاصّة عن ثمنه مع التمكّن منه و العلم بعدم قبض وكيله الثمن هذا و لكن فى (- كرة-) انّه إذا حلف الوكيل و قلنا ببراءة المشترى بذلك ثمّ وجد المشترى بالمبيع عيبا فان ردّه على الموكّل و غرمه الثمن لم يكن له الرّجوع على الوكيل لاعترافه بانّ الوكيل لم يأخذ شيئا و ان ردّه على الوكيل و غرمه الثمن لم يرجع على الموكّل و القول قول الموكل فى انّه لم يأخذ منه شيئا انتهى و فيه نظر فتدبر

قوله طاب ثراه و لم يتمكّن الوكيل من اقامة البيّنة

اى على حدوث العيب و هذا مبنىّ على سماع بيّنة المنكر أو على فرض التداعى بدعوى المشترى القدم و الوكيل الحدوث فتأمل

قوله طاب ثراه لانّ دعواه على الوكيل يستلزم إنكار وكالته و على الموكل يستلزم الاعتراف به

الوجه فى كون دعواه على الوكيل مستلزما لإنكار الوكالة انّه لو كان وكيلا كان اللّازم هو الرجوع على موكّله و غرضه من التّعليل انّ الاعتراف بالوكالة و الإنكار للوكالة متنافيان و يمكن الجواب بأنّه بعد فرض كون تحليفه المالك من باب مؤاخذته إيّاه بإقراره لا منافاة بين ذلك و بين مراجعته قبل ذلك على الوكيل ثمّ انّ الضّمير المجرور بمن فى ذيل العبارة يلزم تأنيثه لعوده إلى الوكالة

قوله طاب ثراه لأصالة عدم حقّ له (- اه-)

مضافا إلى انّ المشترى لو ترك دعوى كون المعيوب سلعة البائع لتركه البائع فصار البائع منكرا و كل منكر فالقول قوله بيمينه

[المسألة الثانية اختلاف المتبايعين فى مسقط الخيار]

قوله طاب ثراه وجهان اقويهما الأوّل (- اه-)

وجه القوّة انّ ظهور العيب كاشف عن ثبوت الخيار من حين العقد على ما تقدّم تحقيقه و (- ح-) فأصالة بقاء الخيار حاكمة على أصالة اللّزوم لكون تلك سببيّة و هذه مسبّبية و تقدّم الأولى على الثانية من الواضحات لارتفاع الشك المأخوذ فى موضوع الثّانية بإجراء الأولى

قوله طاب ثراه و العبارة المتقدّمة من (- كرة-) الى قوله تومئ إلى الثانى (- اه-)

وجه الإيماء انه (- ره-) قال فيها لو كان المبيع معيبا عند البائع ثمّ اقبضه و قد زال عيبه فلا ردّ لعدم

ص: ۱۲۲

موجبه انتهى فانّ التّعليل ناظر إلى التّعليل الّذى ذكره (- المصنف-) (- ره-) للثّانى

قوله طاب ثراه لكن المحكى فى (- كرة-) عن الشافعى فى مثله التحالف (- اه-)

لا يخفى عليك انّ قول الشّافعى أوفق بالقاعدة لأن كلّا منهما فى الفرض يدّعى ما ينكره الأخر و ينكر ما يدّعيه و ما هذا شانه فحكمه التحالف و (- ح-) فلا يفرق بين جريان أصالة بقاء القديم و عدمه و معارضتها بأصالة بقاء الجديد و عدمها لما نبهنا عليه مرارا و أوضحناه فى قضاء المنتهى من عدم كون المدار فى تميز المدّعى من المنكر على مخالفة الأصل و موافقته بل على الصّدق العرفى المنطبق عليه ميزان انّ المدّعى من يترك لو ترك هو الدّعوى و هنا كلّ منهما يترك لو ترك هو الدّعوى (- فت-)

قوله طاب ثراه فلا إشكال فى تقديم قول المشترى (- اه-)

الوجه فى عدم الإشكال فيه هو موافقة قوله لأصالة عدم الزيادة و كونه تاركا للبائع لو ترك هو دعوى الزّيادة

قوله طاب ثراه الرابعة لو اختلفا فى البراءة (- اه-)

لا- يخفى عليك انّ اختلافهما فى البراءة انّما يكون بدعوى البائع التبرى و ان كان المشترى إيّاه و لا يعقل الدّعوى مع إنكار البائع التبرى لأنّ إنكاره إقرار منه على نفسه فيقبل من غير يمين و اين ذلك من قبول قوله مع اليمين اللّهمّ الّا ان يفرض كون البائع منكرا فيما إذا كانت كيفيّة الدّعوى استحقاق المشترى الفسخ و البائع ينكره من غير ذكر سبب خاصّ فانّ القول حينئذ قول البائع بيمينه و قد ينزّل عليه ما فى (- ط-) من انّه قد يكون البائع منكرا كان يدّعى المشترى ابتياعه السّلعة و به عيب فيقول البائع بعته بريئا من هذا العيب فله ان يحلّفه و اللّه لا- يستحقّ ردّه علىّ لانّه قد يبيعه و به العيب ثمَّ يسقط الرد بالرضاء بالعيب انتهى بناء على ارادة البراءة من استحقاق الرد بقرينة أخر كلامه لانّ المراد نفى الاستحقاق باشتراط البراءة من العيوب فتدبّر

قوله طاب ثراه قدّم منكرها (- اه-)

هذا ممّا افتى به الشّيخ (- ره-) و الحلّى و الفاضلان و الشهيدان و الفاضل المقداد و المحقّق الثانى و غيرهم ممّن سبقهم و لحقهم بل نفى فى الرّياض و غيره معرفة الخلاف فيه و الأصل فى ذلك الأصل المجمع عليه رواية فتوى من انّ البيّنة على المدعى و اليمين على ما أنكر و المنكر هنا هو المشترى لأنّه يترك البائع لو ترك هو دعوى وقوع البراءة منه حال البيع و توهّم انّ المشترى غير تارك للبائع بترك البائع دعوى التبرى إذ المشترى (- ح-) يطالب البائع بالأرش لو أمسك و بالثمن لو فسخ مدفوع بانّ المراد بالتّرك هو الترك بالنّسبة إلى تلك الدعوى بنفسها و هو هنا (- كك-) لانّ نزاعهما ليس فى إيجاب العيب الخيار و لا فى كون الثابت فى المبيع عيبا بل فى التبرى المسقط للخيار فبالنّسبة إلى تلك الدعوى فالمشترى تارك للبائع ان ترك البائع دعوى التبرى مضافا انّ الفسخ من المشترى غير متوقّف على عدم دعوى البائع البراءة بل هو يحصل بموجبة فاذا ثبتت البراءة ينكشف فساد الفسخ و إذا لم تثبت اثر الفسخ أثره

قوله طاب ثراه لأصالة عدمها الحاكمة على أصالة اللّزوم (- اه-)

وجه الحكومة انّ الشك فى اللّزوم ناش من الشّك فى التبرى إذ لو لا التبرى فدليل خيار العيب يدفع أصالة اللّزوم فإذا اجرى أصالة عدم التبرى زال الشكّ المأخوذ فى موضوع أصالة اللّزوم

قوله طاب ثراه و ربّما يتراءى من مكاتبة جعفر بن عيسى (- اه-)

هذه المكاتبة من قسم الحسن و قد رواها الشيخ (- ره-) بإسناده عن الصّفار عن محمّد بن عيسى عن جعفر بن عيسى و وجه دلالتها على خلاف ما ذكره انّها تدلّ على تقديم قول مدّعى البراءة

قوله طاب ثراه و لو لا توجيه الرّواية (- اه-)

هذا انّما يتمّ بناء على اعتبار موافقة الظّاهر و مخالفته فى تميز المنكر من المدّعى و تقدّم ذلك على الضّابطتين الأخريين و امّا على

القول الأخر فلا يتمشى ما ذكره كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و يمكن التفصّى عنه (- اه-)

قد مرّ منّا ذكر ما يكون دافعا للإشكال و هو انّ تبرّى البائع يوجب إقدام المشترى على المعيوب و التزامه به فيزول اثر العيب و ان لم يكن التبرى بعنوان الشّرط فى ضمن العقد

قوله طاب ثراه لأنّه الموجب لسقوط الخيار (- اه-)

علّل فى مفتاح الكرامة كون اليمين هنا على نفى العلم بعد نقله إيّاه عن الشهيد (- ره-) فى الحواشى بوجه أخر و هو انّ اليمين هنا على نفى فعل الغير لأنّ الإيمان أربعة يمين على إثبات فعل نفسه و يمين على نفى فعل نفسه و يمين على إثبات فعل غيره و يمين على نفى فعل غيره و كلّها على القطع و البتّ إلّا الأخيرة فإنّها على نفى العلم و ما نحن فيه من الأخيرة انتهى و أنت خبير بأنّه كما يمكن ان تكون من الأخيرة فكذا يمكن ان تكون من الثّانية و هى اليمين على نفى فعل نفسه و هو هنا السّماع و يمكن ان تكون من الأولى و هى اليمين على إثبات فعل نفسه و هو قبول المعاملة المطلقة الغير المتبرى فيها من العيوب و لقد أجاد صاحب الجواهر (- ره-) حيث قال انّ مرجعه إلى ما وقع عليه العقد إذ لا اثر للبراءة الّتى لم يسمعها المشترى و من هنا قال فى المحكى عن (- يه-) و (- ير-) يحلف انّه لم يبرئ اليه من العيوب و باعه (- مط-) أو على الصّحة انتهى

[المسألة الثالثة فى اختلاف المتبايعين فى الفسخ]

قوله طاب ثراه و هل للمشترى المدّعى للفسخ الأرش (- اه-)

قلت الأولى ادارة ذلك مدار مفاد كلامه فإن كان دعواه الفسخ على نحو مسقط للأرش (- أيضا-) الزم بمقتضى إقراره و ان لم تكن دعواه على النحو المتضمّن للإقرار بسقوط الأرش ثبت الأرش لأنّ الأصل بقائه

قوله طاب ثراه وجهان

(۱۱) قلت أقربهما الثّانى لحكومة أصالة صحّة الفسخ على أصالة بقاء العقد

قوله طاب ثراه ففى الحكم بتأخّر لتصحيح الفسخ وجه (- اه-)

(۱۲) يقرب هذا الوجه حكومة أصالة صحّة الفسخ على أصالة تأخّر العقد القول فى ماهيّة العيب و ذكر بعض افراده

[القول فى ماهية العيب و بيان بعض أفراده]

اشارة

قوله طاب ثراه و امّا العيب فالظاهر من اللّغة (- اه-)

(۱۳) لم يقع فى كتب اللّغة التعرّض لبيان حقيقة العيب احالة منهم ذلك إلى الوضوح بل تصدّوا لبيان المادّة و كفاك فى معرفة المادّة قول الفيومى فى المصباح المنير عاب المتاع عيبا من باب صار فهو عائب و عابه صاحبه فهو معيب يتعدّى و لا يتعدّى و الفاعل من هذا عائب و عيّاب مبالغة و الاسم العاب و المعاب و عيّبه بالتشديد مبالغة و عيّبه نسبه إلى العيب و استعمل العيب اسما و جمع على عيوب انتهى ثمّ انّ غرض الماتن (- ره-) بما ذكره على طوله ان كان ضبط العيب عرفا فلا يخفى عليك ما فيه ضرورة انّ اللّازم هو إرجاع الحكم مدار صدق العيب عرفا فى الموارد الشخصيّة الجزئيّة فإنّ من العيوب ما يديره العرف مدار الحقيقة الأصليّة و منها مدار حال أغلب الأفراد و (- أيضا-) ففى مورد يقدّمون الغلبة الصنفيّة و فى أخرى يعكسون و ان أراد بذلك تنقيح معنى الرّواية فلا يخلو (- أيضا-) من نظر لرجوع ذلك (- أيضا-) الى فهم العرف و الأولى فى المقام الحوالة إلى العرف و جعل الضوابط المذكورة فى

کلمات الأصحاب له من قبیل التعاریف اللفظیّة للکشف عن العرف و من هنا اختلف عموما و خصوصا و إطلاقا و تقییدا و امّا ما رواه ابن مسلم فلیس مسوقا لبیان المعنی الشرعی لا بطریق الحقیقة و لا المجاز بل لبیان الکشف عن المعنی العرفی (- أیضا-) لانّ الموضوعات العرفیّة الخفیّة قد یکشف عنه الشرع کما یکشف عن الموضوعات الشرعیّة و لو لا ذلک لأشکل التمسّک بهذه الضّابطة لعدم اطّرادها فی أقسام العیوب و عدم انعکاسها ففی الحقیقة لا یمکن الرجوع فیه الّا إلی العرف لعدم إمکان الضّبط و (- ح-) فما قضی العرف بکونه عیبا فالأمر فیه واضح و ما شکّ فیه فإن کان الضّابط المذکور فی الرّوایة کشفا للمعنی العرفی منطبقا علیه مقتضیا علی وجه الظّهور کونه عیبا جری علیه حکم العیب و ما شکّ فیه یرجع فیه إلی القاعدة من عدم ثبوت الرد و الأرش

ص: ۱۲۳

لأصالة اللّزوم كما لا يخفى على المتدبّر

قوله طاب ثراه كالغلفة

قال فى المصباح المنير الغلفة و غلف غلفا من باب تعب إذا لم يختم فهو أغلف و الأنثى غلفاء و الجمع غلف مثل حمراء انتهى

قوله طاب ثراه مع انّه لا أرش فى تخلّف الشرط بلا خلاف ظاهر (- اه-)

هذا مناف لما يحكيه فى المسئلة الرّابعة من المسائل الّتى تعرّض لها فى طىّ الكلام على حكم الشّرط الصحيح عن العلّامة و الصّيمرى من إثبات الأرش فى بعض فروض تخلّف الشّرط

قوله طاب ثراه لكن الوجه السّابق أقوى (- اه-)

أراد بالسّابق المتقدّم عن قوله و امّا على الوجه الأوّل و إن كان لاحقا فى مقام الذكر التّفصيلى

قوله طاب ثراه ثمّ انّ مقتضى ما ذكرناه دوران العيب (- اه-)

حاصله عدم اعتبار إيجاب نقص الخلقة أو زيادتها لنقص الماليّة فى صدق العيب و ترتّب حكمه و هذا هو ظاهر إطلاق المقنعة و (- يۀ-) و (- ط-) و (- ف-) و المراسم و الوسيلة و الغنية و (- ئر-) و (- يع-) و (- فع-) و (- شاد-) و اللّمعة و غيرها و هو المصرّح به فى (- لك-) و (- الروضة-) ففى الأوّل انّه لا يعتبر مع ذلك كون الزائد و النّاقص موجبا لنقصان الماليّة لإطلاق النّصّ و الاتّفاق على انّ الخصاء عيب مع إيجابه زيادة الماليّة و كذا عدم الشعر على الرّكب انتهى و هو ظاهر المحقّق الثّانى بل صريحه (- أيضا-) حيث قال فى (- مع صد-) و محكى تعليق (- شاد-) انّه كان عليه اى على ماتنه ان يقيّد قوله موجب لنقص الماليّة بقوله غالبا لينـدرج فيه الخصاء و الجبّ فإنّهما يزيدان فى الماليّة مع انّهما عيبان انتهى و يشهد بهذا القول انّ لازم اعتبار كون كلّ من الزّيادة و النّقص منقصا للماليّة عدم جريان حكم العيب فى ما إذا حكم العرف بكون الزّيادة أو النّقص عيبا و لم يكن شىء منهما منقصا للماليّة و ذلك ممّا لا يمكن الالتزام به لكون العرف هو المتّبع فى أمثال المقام فلا معنى لرفع اليد عنه كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و يحتمل قويّا (- اه-)

قد افتى بذلك فى (- عد-) و (- كرۀ-) و محكى (- ير-) و الجامع

قوله طاب ثراه كالخصاء

هو بكسر الخاء المعجمة مع المدّ عبارة عن سلّ الأنثيين و إخراجهما على كيفيّة مشهورة عند أهل العرف غير مانعة من الوطى

قوله طاب ثراه بناء على عدم منعها (- اه-)

فإنّه يمنع من الردّ لو كان عيبا و لا يمنع لو لم يمكن و لا يخفى عليك انّه ان منع من الردّ لم يكن خيار لأنّ الأرش بسبب عدم نقص القيمة كما هو الفرض غير متصوّر

قوله طاب ثراه فتأمّل

لعلّ وجهه تضعيف المبنى نظرا إلى انّ موانع الردّ فى خيار العيب منها ما يمنع من الردّ بخيار الشّرط مثل التّصريح بالتزام العقد و إسقاط الردّ و مثل التصرّف الكاشف عن الالتزام بالعقد و على هذا فالأمر بالتأمّل للإشارة إلى عدم ظهور الثمرة فى جميع موانع الردّ و ان ظهرت فيما اختصّ مانعيّته من الردّ بخيار العيب مثل التّلف و احداث الحدث و ربّما جعل الأمر بالتأمّل إشارة الى انّ الوجه فى التفرقة بين خيار العيب و خيار الشّرط بجعل التّلف و التصرّف و نحوهما مانعا من الردّ فى الأوّل دون الثّانى هو إمكان تدارك ضرر المشترى بالأرش فى الأول دون الثّانى إذ لا أرش فيه فاذا كان الفرض هنا عدم الأرش لعدم تعقّله من حيث عدم إيجاب النّقص نقصان القيمة لزم عدم سقوط الردّ بالموانع و فيه انّ مانعيّة الموانع المعهودة من الردّ فى خيار العيب انّما هو للنصّ الخاصّ له لا لما ذكره من العلّة و مقتضى إطلاق النصّ سقوط الردّ بها فى صورة عدم قابليّة المورد للأرش (- أيضا-) كما لا يخفى و لو كان إمكان

جبر ضرر المشترى بالأرش علّة للزم عدم ثبوت الردّ فى العيب أصلا و هو بيّن الفساد

قوله طاب ثراه و فى صورة حصول هذا النّقص (– اه–)

عطف على قوله فى طروّ موانع الردّ (– اه–) اى تظهر الثّمرة فى صورة حصول هذا النّقص (– اه–)

قوله طاب ثراه فإنّه لا دليل على انّ فقد الصّفة

و ذلك لكون مورد الدليل هو التلف لا فقد الصفة و مقتضى الاقتصار على مورد الدّليل فى مخالفة أصالة البراءة من الضّمان هو عدم تسرية الضّمان إلى صورة فقد الصّفة

قوله طاب ثراه و للنّظر فى كلا شقّى الثمرة مجال (– اه–)

(١١) أراد بالثمرة الثمرة الأخيرة و الّا لعبّر بالثّمرتين لا بشقى الثّمرة و أراد بالشّقين ثبوت الضّمان على الأوّل و عدمه ثبوته على الثّانى و وجه النّظر امّا فى الشقّ الأوّل فهو انّه على فرض اختصاص الضّمان بالعيب فالعيب منصرف إلى العيب المنقص للقيمة فيخرج الفرض عن تحت الدّليل و امّا فى الشق الثّانى فهو انّ دليل الضّمان قبل القبض أو فى مدّة الخيار غير مختصّ بالعيب بل يشمل فقد الوصف (– أيضا–) من حيث انّ المستند فى الضّمان قبل القبض انّما هو قاعدة كون تلف المبيع قبل القبض من مال بايعه و فى الضّمان فى مدّة الخيار هو قاعدة كون التّلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له و قد عرفت فيما مضى و ستعرف إنشاء اللّه تعالى انّ المستفاد من دليل القاعدتين هو تنزيل التلف و النّقص و حدوث الحدث فى زمان الخيار أو قبل القبض منزلة التّلف و النّقص و حدوث الحدث قبل العقد فكما انّ التّلف و حدوث الحدث قبل العقد ضمانه على البائع فكذا التّلف و حدوث الحدث بعد العقد قبل القبض أو فى مدّة الخيار و فقد الصّفة مندرج تحت حدوث الحدث فيكون فقد الصّفة قبل القبض أو فى مدّة الخيار كفقدها قبل العقد فى كون ضمانه على البائع فلا وجه لنفى الدّليل على كون ضمان فقد الصّفة قبل القبض أو فى مدّة الخيار على البائع

قوله طاب ثراه و ربّما يستدلّ لكون الخيار هنا خيار العيب بما فى مرسلة (– اه–)

(١٢) قد رواها الكلينى (– ره–) عن الحسين بن محمّد عن السيّارى قال روى عن ابن ابى ليلى انّه قدّم اليه رجل خصما له الخبر و ضعف سنده غير ضائر بعد الانجبار بعمل الأصحاب الذين عبّر كثير منهم كالفاضلين فى (– يع–) و محكى (– ير–) و الشهيد فى اللمعة و محكى (– س–) و غيرهم بلفظه و اخرون بما يرجع إليه ففى (– عد–) و (– كرة–) و (– شاد–) و التّبصرة انّه الخروج عن المجرى الطبيعى لزيادة أو نقصان و فسّر ذلك فى مجمع الفائدة و غيره بالخروج عن أصل الخلقة ثمَّ المراد بأصل الخلقة انّما هى خلقة أكثر النّوع الّذى يعتبر فيه ذلك بالنّظر إلى الذّات و الصّفات كما صرّح به جمع منهم شيخ (– لك–) و (– ككك–) الحال فى المجرى الطبيعى المعبّر به عن أصل الخلقة فى عبائر جماعة قال فى (– مع صد–) فى شرح قول العلّامة (– ره–) و هو الخروج عن المجرى الطبيعى لزيادة أو نقصان ما لفظه ينبغى ان يكون مراده بالمجرى الطّبيعى ما جرت به العوائد الغالبة ليندرج فيه الأمور الّتى ليست مخلوقة أصلا ليكون على نهج مقتضى الطّبيعة أم لا ككون الضّيعة ثقيلة الخراج و منزل الجنود انتهى فتدبّر

قوله طاب ثراه فلم أجد على ركبها (– اه–)

(١٣) قال فى مجمع البحرين الرّكب بالتّحريك منبت العانة فعن الخليل هو للمرئة خاصّة و عن الفرّاء هو للرّجل و المرية و منه ليس على ركبها شعر انتهى

قوله طاب ثراه أمّا أوّلا فلانّ ظاهر الرّواية (– اه–)

(١۴) فيه انّ الحكاية و ان ظهرت فى انّ الردّ لم يكن لمجرّد عدم الشّعر بل لكونها فى أصل الخلقة (– ككك–) كما يفيده قوله و زعمت انّه لم يكن لها قطّ لكن ظهورها فى كون ذلك للاستكشاف بفقد الشعر فى أصل الخلقة عن مرض فى العضو أو فى أصل المزاج ممنوع جدّا بل هو ظاهر فى خلافه لكشف عدوله عن الاعتذار بكشفه عن المرض إلى قوله أيّها القاضى إن كان عيبا فاقض لى عن عدم كون إباء قبول الخالى عانتها من الشعر لأجل الكشف عن المرض بل لمجرّد ارادته الفسخ فكان يتفحّص عن سبب مجوّز له

فكيف لا و لو كان مستكشفا بفقد الشعر عن المرض لكان أجاب القاضى عن احتيال النّاس لإزالته بذلك بان قال انّ فقد الشّعر و إن كـان مطلوبـا لكن المطلوب منه انّمـا هو حيث لم يكن خلقيّا كاشـفا عن المرض و (- أيضا-) لو كان إبائه لأجل الاستكشاف به عن المرض لم يكن

ص: ۱۲۴

يتأمّل ابن ابى ليلى بل إن كان الكشف معلوما عنده لحكم بالردّ بالمرض الّذى كونه عيبا مرغوبا عنه واضح و لو لم يكن الكشف معلوما عنده لراجع الأطبّاء فى استعلام ذلك و لم يراجع محمّد بن مسلم و لو راجعه لكان يسئله عن فقد الكاشف عن المرض و لم يكن يسئل عن مطلق فقد الشعر و بالجملة فما ذكره (- المصنف-) (- ره-) ممّا لا وجه له أصلا و امّا استشهاده لما رامه بعدم اكتفاء المشترى فى عذر الردّ بقوله لم أجد على ركبها شعرا حتّى ضمّ اليه دعواه انه لم يكن لها ففيه نظر ظاهر ضرورة انّ ضمّ دعوى انّه لم يكن قطّ انّما هو لإثبات كونه خلقيّا و عيبا لدفع ما ربّما يدخل عليه من كون فقد الشعر بالغرض غير موجب للردّ كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و امّا ثانيا فلانّ قوله عليه السّلام (- اه-)

فيه انّه بعد اعترافه (- قدّه-) بانسباق كلامه عليه السّلام لبيان موضوع العيب لا معنى لتأمّله فى جريان بعض الأحكام فانّ الموضوع متى تحقّق كان اللازم ترتّب جميع احكامه عليه و الاقتصار على الأحكام الظّاهرة الشائعة انّما يتأتّى فى تنزيل موضوع بمنزلة موضوع أخر و تشبيهه به مثل قوله عليه السّلام الصّلوة بالبيت طواف و امّا لو كان الكلام مسوقا لبيان حقيقة الموضوع و ماهيّته فلا مجال للاقتصار على الأحكام الظاهرة بعد فرض كون غيرها (- أيضا-) من احكامه و مجرّد كون الغرض من بيان حقيقة الموضوع هى التوطئة لثبوت الأحكام ليس صالحا لصرف الكلام إلى إرادة الأحكام الظاهرة و الوجه فى ذلك ظاهر ضرورة انه حيث كان الغرض تنزيل موضوع مكان موضوع أخر كان إطلاقه منزلا على الأحكام الظّاهرة الشّائعة و هذا لا يتأتى فيما سبق لبيان حقيقة الموضوع و ماهيّته و لعلّه إلى ذلك أشار (- قدّه-) بالأمر بالتأمّل

قوله طاب ثراه و امّا ثالثا فلانّ الرّواية لا تدلّ على الزّائد (- اه-)

فيه انّ عموم العامّ لا يسقط عن الاعتبار بخروج فرد أو فردين بالدّليل ما لم يبلغ إلى حدّ يوجب وهن العموم و هنا لم يخرج أكثر الأفراد كى يوجب وهن العموم و هو شامل لكلّ نقيصة و زيادة سواء كانتا موجبتين لنقص الماليّة أم لا فالتخصيص بالمنقصة الماليّة خاصّة ممّا لا وجه له بل هو مناف لمحكميّة أصالة العموم عند الشكّ فى المخصّص فلا تذهل

قوله طاب ثراه و امّا رابعا فلانّا لو سلّمنا (- اه-)

لا يخفى عليك انّ هذا الكلام انّما يحسن ممّن لا يعمل بالضّعاف المنجبرة بالشهرة و العمل و الماتن (- ره-) من العاملين بها الغير المتجاوزين عنها فما باله تأمّل هنا فالإنصاف تماميّة الرّواية حجّة على عدم اعتبار المنقصيّة للماليّة فى النّقص و الزيادة عن أصل الخلقة المعدودتين عيبا و لو أغمضنا عن ذلك لكفانا العرف و دعوى تخصيصه العيب بالمنقص للماليّة مكابرة كما يكشف عن ذلك اتفاقهم المحكى على كون الخصاء عيبا فتدبّر جيّدا

قوله طاب ثراه و قد ظهر ممّا ذكرنا انّ الأولى (- اه-)

قد عرفت انّ الأولى حذف التنقيص للماليّة عن تعريف العيب كما صنعه جمع كثير

قوله طاب ثراه و عليه يبنى قول (- مع صد-)

قال فى (- مع صد-) فى شرح قول العلّامة (- ره-) فى تعريف العيب هو الخروج عن المجرى الطّبيعى لزيادة أو نقصان موجب لزيادة الماليّة ما لفظه و قوله موجب لنقص الماليّة كان عليه ان يقيّده بقوله غالبا لينـدرج فيه الخصاء و الجبّ فإنّهما يزيدان فى الماليّة مع انّهما عيبان يثبت بهما الردّ قطعا انتهى المهمّ ممّا فى (- مع صد-)

[الكلام فى بعض أفراد العيب]

[مسألة لا خلاف فى أن المرض عيب]

قوله طاب ثراه لا خلاف و لا إشكال فی کون المرض عیبا

قد سبقه فی نفی الخلاف و الإشكال فی ذلک غیره و ادّعی فی (- کرۀ-) الإجماع علیه و الأصل فی ذلک صدق العیب علیه عرفا و هو متّبع فی باب المصادیق مضافا إلی کونه خارجا عن مقتضی الطّبیعۀ لعدم صدق المرض الّا علی خروج المزاج عن مجراه الطّبیعی

قوله طاب ثراه یشمل حمّی یوم

هی علی المعروف ما تأتی فی یوم من الأیّام و تذهب فیه ثمَّ لا تعود فلو عادت کلّ یوم لم تسمّ حمّی یوم بل حمی الورد أو یوما و یوم لا فحمّی الغب

قوله طاب ثراه و ان لم یکن نوبۀ له فی الأسبوع

أشار بذلک إلی ما نبّه إلیه فی (- لک-) بقوله و ثبوت العیب بحمّی الیوم یتحقّق بان یشتریه فیجده محموما أو یحمّ قبل القبض فإنّه یجوز له الفسخ و ان ذهبت عنه الحمّی فی ذلک الیوم و لیس المراد به ما ینوب یوما معیّنا من الأسبوع کما فسّره بعضهم فانّ ذلک لا یسمّی حمّی یوم و لا ما یأتی کلّ یوم انتهی

قوله طاب ثراه الجذام

هو بضمّ الجیم مرض سوداوی صعب یحمرّ معه العضو ثمَّ یسود ثمَّ ینقطع نعوذ باللّه منه و علائمه ضیق النّفس و تعجّر الوجه ای غلظته و ضخامته و صیرورته ذا عجر ای عقد و استدارۀ العین و کمودتها ای تغیّرها إلی الحمرۀ و بحّۀ الصّوت ای غلظته و نتن العرق و تساقط الشعر و غیرها

قوله طاب ثراه و البرص

هو بفتح الباء الموحّدۀ و الرّاء المهملۀ و سکون الصّاد المهملۀ مرض معروف و بسببه یحدث فی البدن تغیّر لونه إلی السّواد أو إلی البیاض لانّ سببه قد یکون غلبۀ السّوداء فیحدث السّواد و قد یکون غلبۀ البلغم فیحدث البیاض

قوله طاب ثراه و القرن

(۱۱) هو بسکون الرّاء کما فی (- یۀ-) الأثیریّۀ و المصباح و القاموس و ظاهر الصّحاح و تحریکها کما عن الجمهرۀ لحم یکون فی مدخل الذکر کالسّن یمنع الوطی کالغدۀ الغلیظۀ و قد یکون عظما و عن ابن السّکیت و الفرّاء و الجوهری و فی القاموس انّه العقل و انّ العفل و العفلۀ محرکتین شیء یخرج من قبل النّساء و حیاء النّاقۀ شبیه بالادرۀ الّتی للرّجال و الأدرۀ هی انتفاخ الخصیۀ و قیل هو ورم یکون فی مسلکی المریۀ فیضیق فرجها حتی تمنع الإیلاج و عن الأصمعی انّه سمّی قرنا لانّه اقترن مع الذکر خارج الفرج

قوله طاب ثراه و الفتق

(۱۲) فی (- یۀ-) الأثیریّۀ انّه بالتحریک انفتاق المثانۀ و قیل انفتاق الصّفاق إلی داخل فی مراق البطن و قیل ان ینقطع اللّحم المشتمل علی الأنثیین و ظاهر القاموس و الصّحاح انّه بالتّسکین و انّه علّۀ فی الصّفاق کما فی الأوّل و مراق البطن کما فی الثّانی و فی (- مع صد-) عن الغریبین انّه بالتحریک قال هکذا أقرأنیه الأزهری و حکی عن حاشیۀ الفائق بخطّ بعض الأفاضل انّ هذا وهم و هو افتراء علی الأزهری فإنّه وجد بخطّه بالإسکان و علیه صحّ انتهی

قوله طاب ثراه و الرّتق

(۱۳) هو علی ما فی الصّحاح بالتحریک مصدر قولک أمریۀ رتقاء بیّنۀ الرّتق لا یستطاع جماعها لارتتاق ذلک الموضوع منها و نحوه ما فی المصباح المنیر و القاموس و فی الأخیر أو الّتی لا خرق لها الّا المبال خاصّۀ و مرادهم بالارتتاق انّما هو الارتتاق بسبب الالتحام کما هو صریح مجمع البحرین حیث قال انّ الرّتق بالتحریک هو ان یکون الفرج ملتحما لیس فیه للذکر مدخل و ربّما یظهر من بعضهم کون الرّتق لحما نابتا کالقرن و العقل لا مجرّد الالتحام فقد ذکر فی (- مع صد-) المعنی المزبور ثمَّ حکی فی (- مع صد-) عن (- یر-) انّ الرّتق لحم ینبت فی الفرج یمنع دخول الذکر و انّه مرادف للقرن و العقل ثمَّ قال فی (- مع صد-) و کأنه أخذه فیما

حكاه الشيخ (- ره-) فى (- ط-) عن أهل الخبرة من تفسير القرن إلى ان قال يعنى فى (- ط-) و هو الّذى يسمّى العقل يكون كالرّتق سواء و هـذا المعنى مشارك للأوّل فى منع مقصود النّكاح و هو الاستمتاع الّا ان الأوّل ألصق بمادّة الرّتق انتهى ما فى (- مع صـد-) و وجه الألصقيّة انّ الرتق لغة الالتئام و ذلك يصدق مع الالتحام دون نبت لحم كالقرن كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و القرع

(۱۴) قال فى المصباح المنير هو بفتحتين الصّلع و هو مصدر قرع الرأس من باب تعب إذا لم يبق عليه شعر

قوله طاب ثراه و الحول و الخوص و السّبل

(۱۵) هذه عيوب ثلثة فى العين فالحول

ص: ۱۲۵

محرّکة ظهور البیاض فی مؤخّر العین و یکون السّواد فی قبل الماق أو إقبال الحدقة علی الأنف أو ذهاب حدقتها قبل مؤخّرها أو ان تکون العین کأنّما تنظر الی الحجاج و هو عظم ینبت علیه الحاجب أو ان تمیل الی اللحاظ و امّا الخوص محرّکة ففی القاموس انّه غور العینین و نحوه ما فی الصّحاح و فی المصباح المنیر انّ الخوص مصدر من باب تعب و هو ضیق العین و غورها و الحوص بالحاء المهملة محرّکة ضیق فی مؤخّر العین کما فی الصّحاح و المصباح و امّا السّبل محرّکة فغشاوة العین من انتفاخ عروقها الظّاهرة فی سطح الملتحمة و ظهور انتساج شیء فیما بینهما کالدّخان انتهی و فی الصّحاح انّه داء فی العین شبه غشاوة کأنّه نسج العنکبوت بعروق حمر و عن الشّهید (- ره-) انّه شعر یدخل من العین الی الجفن

قوله طاب ثراه مبنیّ علی عدّ موجبات الردّ (- اه-)

فی کون ذلک موجبا للردّ فضلا عن کونه عیبا تأمّل امّا عدم کونه عیبا فلعدم صدقه علیه عرفا و امّا عدم منعه من الردّ فلعدم اندراجه فی شیء من موانع الردّ المزبورة و عدم دلیل خاصّ علی منعه من الردّ مستقلّا

[مسألة فی أن الحبل عیب فی الإماء]

قوله طاب ثراه و رجّح المحقّق کونه عیبا (- اه-)

لم أقف علی ذلک فی کلام المحقّق (- ره-) و لعلّه فی موضع لم أعثر علیه

قوله طاب ثراه الأقوی علی قول الشیخ (- ره-) (- اه-)

هذه التقویة مبتیّة علی ما أسبقه من اعتبار نقص فی الردّ بالعیب و قد عرفت آنفا ضعف المبنیّ و لیته أبدل العلّة بالتعلیل بعدم صدق العیب علیه عرفا خرج الحمل فی الإماء بالنّصوص و بقی فی الحیوانات تحت أصالة اللّزوم بعد عدم صدق العیب علیه لکن یمکن الخروج عن الأصل بإلحاق غیر الإماء بهنّ من باب ورود النصّ فیهنّ و قضاء تنقیح المناط بعدم الفرق بین سائر الحیوانات و بینهنّ فتأمّل

قوله طاب ثراه و کیف کان فمقتضی کون الحمل عیبا (- اه-)

قلت الحقّ هو التّفصیل بأنّه إن کان الوجه فی کون الحمل عیبا هو النصّ کان حملها عند المشتری مانعا من الردّ و لم یجز الردّ حتّی بعد الوضع لاستصحاب المانعیّة و إن کان الوجه ما سمعت من (- کرة-) من عدم یقین السّلامة بالوضع أو عجز الحامل عن کثیر من الخدمات کان الأولی تجویز الردّ بعد الوضع و عدم نقصها بالولادة لارتفاع المحتمل منعه من الردّ فتأمّل

قوله طاب ثراه علی ما تقدّم عن (- کرة-) (- اه-)

قد تقدّم البحث منه (- ره-) فی ذلک فی ذیل الکلام علی الرابع من مسقطات الردّ خاصّة فراجع

قوله طاب ثراه الی ان قال و کذا حکم الدابّة (- اه-)

هذه العبارة تنافی عبارته السّابقة النّاطقة بعدم کون الحمل فی الحیوانات الصّامتة عیبا حیث جعل الحبل عند المشتری و النّقص بالولادة عیبا مانعا من الردّ و کلّما یمنع من العیوب من الردّ یردّ به إذا کان حدوثه عند البائع کما لا یخفی

قوله طاب ثراه لکن صرّح فی (- ط-) باستواء البهیمة و الجاریة (- اه-)

الظّاهر کون کلمة لکن سهوا من قلمه الشّریف عوض الواو ضرورة انّه لا یحتمل بناء علی کلمة لکن الّا کونه استدراکا من قوله و الأقوی علی قول الشیخ (- ره-) ما اختاره فی (- کرة-) (- إلخ-) و لا یخفی ما فیها أوّلا من الاختلال فی نظم الکلام لانّه کان اللّازم (- ح-) تقدیم هذا الاستدراک علی قوله و فی (- کرة-) لو کان المبیع جاریة (- اه-) و ثانیا انّه لو صحّ کونه استدراکا من قوله و

الأقوى (- اه-) لكان يصحّ الاستدراك بعبارتى (- كرة-) و (- س-) أيضا عنه فلا تذهل

قوله طاب ثراه مع انّ ظاهر العبارة الأولى كالتحرير و القواعد الفرق (- اه-)

لا يخفى انّه (- ره-) أراد إثبات دلالة كلّ من العبارات على الفرق فى الجملة و ان اختلف خصوصيّة الفرق الّذى افادته العبارة الأولى و خصوصيّة الفرق الّذى أفادته عبارة (- عد-) لأنّ الأولى أفادت الفرق بين الحمل الّذى يتبعه النّقص بالولادة و بين غيره و الأخيرة أفادت الفرق بين حمل الأمة و بين حمل غيرها من الحيوان فافهم

قوله طاب ثراه لأنّه كالثمرة المتجدّدة على الشجرة (- اه-)

يعنى كما انّهما ليسا من قبيل تصرّف المشترى (- فكذلك-) الحمل المفروض حصوله من غير تصرّف المشترى

قوله طاب ثراه و الخيار له

الواو حاليّة أى هو كالثمرة المتجددة و الثوب الّذى أطارته الرّيح فى حال كون الخيار له

قوله طاب ثراه يعنى انّ الحامل ردّت إلى البائع مع الزّيادة لا مع النقيصة (- اه-)

(۱۱) أراد بقوله لا مع النقيصة عدم ردّ الحامل معها و حاصله ردّ الأمّ مع ولدها لا وحدها

قوله طاب ثراه و ابتناء حكمها بعد الوضع و عدم النّقص على ما تقدّم (- اه-)

(۱۲) قد عرفت فى ذيل الكلام على الرّابع من مسقطات الردّ تحقيق القول فى ذلك

قوله طاب ثراه و امّا حمل غير الأمة فقد عرفت انّه ليس عيبا (- اه-)

(۱۳) لازم كلامه انّ من قال بكونه عيبا هو القول بمنعه من الردّ حتّى بعد الوضع و عدم النّقص لعدم جواز الردّ بزوال العيب و هو متّجه إن كان مستند القائل بكونه عيبا هو إلحاق غير الأمة من الحيوانات بها من باب تنقيح المناط فانّ النّقص لما كان (- مط-) لكونه عيبا كان مانعا من الردّ حتّى بعد الوضع و عدم النّقص بناء على عدم جواز الردّ بزوال العيب و امّا لو كان مستند القائل بكون الحمل فى غير الأمة (- أيضا-) عيبا هو كونها فى مورد الخطر فلا مانع من القول بعدم منعه من الردّ بعد الوضوح و عدم النّقص حتّى لو قلنا بعدم عود الردّ بزوال العيب و ذلك لانّ المانع و هو العيب لم يتحقّق ما لم تلد و تنقص بالولادة فمثله مثل ظهور أمارات العيب و انكشاف فقد العيب بعد ذلك لا مثل حدوث العيب و زواله بعد ذلك (- فت-) كى يظهر لك انّ مراد القائل بكونه عيبا هو كون نفس احتمال الخطر عيبا محقّقا لا انّ العيب هو تحقّق نقصه بالولادة حتّى يتأتّى ما ذكر

قوله طاب ثراه و كان محقّقا هنا

(۱۴) اى لعجزها عن الحمل العظيم و نحوه مثلا

[مسألة فى الثيبوبة أنها ليست عيبا فى الإماء]

قوله طاب ثراه مسئلة الأكثر على انّ الثيبوبة ليست عيبا فى الإماء

(۱۵) قد صرّح بعدم كونها عيبا فى (- ف-) و (- يع-) و (- فع-) و (- عد-) و (- شاد-) و غيرها و بملزوم ذلك و هو عدم ثبوت الخيار فى (- ط-) و (- كرة-) و الجامع و غيرها بل فى الرّياض و (- ئق-) و الجواهر و غيرها انّه المشهور بين الأصحاب و قد أشاروا بالوصف بالشهرة و النّسبة إلى الأكثر إلى ظهور الخلاف فى ذلك من القاضى حيث قال إذا لم يشترط الثيبوبة و لا البكارة فخرجت ثيّبا أو بكرا لم يكن له خيار و كان له الأرش انتهى و وجه الظّهور انّ الأرش لا يكون إلّا فى العيب فيكون عيبا و لعلّه لذا غرى فى (- لك-) الى ظاهر ابن البراج القول بكون الثيبوبة عيبا لكن يمكن المناقشة فى ذلك بان ثبوت الأرش و إن كان من لوازم كون الشىء عيبا الّا انّ ثبوت الخيار (- أيضا-) من لوازمه و إثبات اللّازم انّما يدلّ على إثبات الملزوم فيما إذا لم ينف اللّازم الأخر و هنا قد نفى

احد اللّازمین و هو الخیار و أثبت الأخر و هو الأرش فلا یدلّ إثبات الأرش علی إثبات الملزوم مضافا الی انّه لم یفرق فی إثبات الأرش بین خروجها ثیّبا أو بکرا و لو کان إثبات الأرش من باب کونها عیبا لم یکن لإثباته فی صورة خروجها بکرا وجه نعم کلام الفاضل المقداد فی التنقیح یمیل الی کونها عیبا (- مط-) و کذا کلام الشهید الثانی (- ره-) فی (- لک-) و (- الروضة-) و هو الّذی احتمله فی محکی (- س-) قال فی التنقیح لقائل أن یمنع کونها لیست عیبا لأنّها خارجة عن الخلقة الطبیعیّة بالنقصان و ینقص ثمن الجاریة بسببها و لا نصّ علی انّها لیست عیبا فما المانع من جعلها عیبا انتهی و توضیحه انّ الضابط المنصوص یقتضی کونها عیبا لانّه قال کلّ ما کان فی أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عیب و البکارة کانت فی أصل الخلقة فنقصت و العرف (- أیضا-) لعلّه حاکم بکونها عیبا فیثبت علیها جمیع احکام العیوب من الردّ و الأرش و نوقش

ص: ۱۲۶

فی هذا الاستدلال بانّ کون العیب ما زاد عن خلقته الأصلیّة انّما جاء من خبر ابن مسلم الضّعیف بابن ابی لیلی و لا جابر له هنا فیبقی الأصل محکما و فیه أوّلا انّ الضّعف قد انجبر بتلقّیهم له بالقبول و لا یعتبر الموافقة للشّهرة فی کلّ مورد شخصی لصیرورته بتلقّیهم له بالقبول بمنزلة خبر صحیح و ثانیا انّا لو أغمضنا عن الضّابط المنصوص کفانا صدق العیب عرفا علی الثیبوبة و هو کاف فی لحوق احکام العیب علیها و دعوی أنّ للإماء (- مط-) حقیقة ثانویّة اعتباریّة مقدّمة علی الحقیقة الأصلیّة فالثیبوبة فیهنّ علی طبق الحقیقة الثانویّة فلیست عیبا فیهنّ و البکارة صفة کمال فیهنّ کما سمعته من الماتن (- ره-) عند الکلام فی حقیقة العیب ممنوعة لا یساعد علیها الوجدان ان لم یساعد علی خلافها کدعوی انّ العیب انّما یوجب الخیار إذا لم یکن غالبا فی افراد الطّبیعة بحسب نوعها أو صنفها و ان غلبت فی نوعها بل لعلّها أوضح منعا إذ الفرق بین الصّغیرة المجلوبة و غیر المجلوبة کالمقطوع بعدمه و غلبة الثیبوبة فی الکبیرة غلبة صنفیّة (- أیضا-) کغلبة البکارة فی الصّغیرة مع انّها فی الصّغیرة علی طبق الخلقة الأصلیّة و انّما عرضت الغلبة فی خصوص الکبیرة منهنّ و لیست هناک غلبة نوعیّة فی القدر المشترک بینهما کی تکون الصّنفیة مقدّمة علیها کما هو واضح کوضوح ضعف ما قیل من ان البکارة صفة کمال بالنّسبة الی غیر العاجز لا یصیّرها صفة نقص بالنّسبة الیه و ممّا ذکرنا ظهر الوجه فیما حکاه فی (- کرة-) عن بعض الشافعیّة و نفی عنه الباس من القول بکونها عیبا فی الصّغیرة دون الکبیرة

قوله طاب ثراه بل فی (- یر-) (- اه-)

و عن کشف الرموز انّه لا خلاف بین الأصحاب فی انّ الثیبوبة لیست عیبا یوجب الردّ و انّما اختلف عباراتهم فی اشتراط البکارة انتهی

قوله طاب ثراه و نسبه فی (- لک-) (- اه-)

و فی (- ئق-) انّه أطلق جمهور الأصحاب انّ الثیبوبة لیست عیبا و فی الکفایة انّه أطلق الأکثر ذلک

قوله طاب ثراه و استدلّ علیه (- أیضا-) (- اه-)

استدلّ بعضهم بوجهین اخرین أحدهما انّ الأصل فی العقد اللّزوم خرج ما إذا وجد ما علم کونه عیبا فیرجع فیما شکّ فی کونه عیبا إلی أصالة عدم کونه عیبا فتحکّم أصالة اللّزوم و فیه انّ ضابط کلّما نقص عن خلقته فهو عیب مزیل للشکّ المأخوذ فی موضوع أصالة اللّزوم الثّانی الإجماع تمسّک به فی مفتاح الکرامة حیث قال حجّة المشهور نفی الخلاف الظّاهر فی الإجماع کنسبة إلی الأصحاب الی ان قال الإجماع معلوم و علی تقدیر انّ القاضی مخالف فخلافه نادر علی انّه لم ینسب الیه الخلاف من الأساطین إلّا الشّهید (- ره-) فی (- س-) حیث قال یشعر به مذهب القاضی انتهی و هو کما تری

قوله طاب ثراه بروایة سماعة المنجبرة بعمل الأصحاب (- اه-)

لو کان قد جعل العمل معاضدا لکان اولی من جعله جابرا ضرورة کون السّند من قسم الموثّق إذ قد رواها الشّیخ (- ره-) بإسناده عن احمد بن محمّد عن الحسین بن سعید عن ذرعة بن محمّد عن سماعة و الإضمار غیر قادح لکونه ناشئا من تقطیع الأخبار سیّما فی اخبار سماعة من انّه مسند الی ابی عبد اللّه علیه السّلام فی بعض النّسخ

قوله طاب ثراه و امّا روایة سماعة فلا دلالة لها علی المطلوب (- اه-)

مضافا الی معارضتها بخبر یونس الآتی إنشاء اللّه تعالی

قوله طاب ثراه و لعلّ هذا هو مراد المشهور (- أیضا-) و یدلّ علی ذلک (- اه-)

فی هذا الاستدلال نظر إذ کما انّ ثبوت الأرش عند تخلّف شرط البکارة یمکن ان یکون لکون الثیبوبة عیبا فکذا یمکن ان یکون لخصوص النصّ الآتی کما أشار إلیه هو (- ره-) (- أیضا-)

قوله طاب ثراه بل المشهور کما فی (- س-) علی ثبوت الأرش إذا اشترط البکارة (- اه-)

قد اختلف الأصحاب فیما لو اشترط بکارة الأمة و بانت ثیّبا علی أقوال أحدها عدم ثبوت شیء من الردّ و الأرش (- مط-) و هو ظاهر

(- یـة-) و (- ف-) و عبارة الکامل المحکیـة فی (- لف-) و هی قوله ان ابتاعها علی انّها بکر فوجدها ثیّبا لم یکن له ردّها و لا أرش فی ذلک انتهی و فی (- یة-) انّ من اشتری جاریة علی انّها بکر فوجدها ثیّبا لم یکن له ردّها و لا الرّجوع علی البائع بشیء من الأرش لأنّ ذلـک قـد یـذهب من العلّة و النّزوة انتهی ثانیهـا ثبوت الردّ و هو خیرة (- یع-) و (- فع-) و (- شـاد-) و اللّمعـة و غیرها و ظاهر الأوّلین کصـریح الآخرین عـدم ثبوت الأرش ثالثها ثبوت الأرش دون الردّ و هو ظاهر عبارة المهـذّب للقاضـی المحکیة المتقدّمة آنفا من قوله ان اشتری جاریـة و لم یشترط انّها بکر أو ثیّب فخرجت ثیّبا أو بکرا لم یکن له خیار و کان له الأرش انتهی و یوافقه ما فی (- ط-) من قوله روی أصـحابنا انّه لیس له الخیـار و له الأرش انتهی رابعهـا ثبوت الردّ و الأرش جمیعا و هو خیرة (- ئر-) و (- کرة-) و (- لف-) و التنقیـح و (- مع صـد-) و (- لک-) و (- الروضـة-) و محکی کشف الرّموز و (- یر-) و الاسـتبصار و الجامع و تعلیق (- شاد-) و غیرها ثمّ انّ أرباب هذا القول منهم من أطلق کالحلّی و غیره و منهم من قیّد ذلک بما إذا علم سبق الثیبوبة علی العقد قال فی (- لف-) التحقیق انّا نقول ان علم سـبق الثیبوبة علی العقد تخیّر المشتری بین الردّ و الأرش ان لم یکن تصـرّف و له الأرش ان تصرّف و ان لم یعلم لم یکن له أرش و لا ردّ ثمّ قال و لنعلم ما قال انّه هو الظّاهر من کلام الشـیخ (- ره-) و إیّاه أعنی لأنّ تعلیله یعطی ذلک حیث قال فانّ ذلک یذهب بالعلّة و النّزوة انتهی ما فی (- یة-) کما انتهی ما هنا من کلام العلّامة (- ره-) و ربّما وصف فی (- لک-) و (- ئق-) و خیارات الفقیه الغروی و محکی (- س-) هذا القول بالشـهرة هذا ما عثرنا علیه من أقوال المسـئلة حجّة الأوّل لعلّها أصالة اللّزوم و أنت خبیر بانـدفاعها بمـا دلّ علی ثبوت الخیار بتخلّف الشّـرط نعم لا بأس فی بادی النّظر بالتمسّک فی ذلک بموثقـة سـماعة المزبورة آنفا و المناقشـة فی سـندها بکون ذرعـة و سـماعة واقفیّین و الإضـمار کما صدر عن العلّامة (- ره-) فی (- لف-) لا وجه له لأنّهمـا و إن کـان واقفیّین إلّا أنّهما موثّقان و الموثّقـة حجّة علی الأظهر و الإضـمار غیر قادح بعـد الوثوق بکون منشئه تقطیع الأخبار فالأـولی المناقشـة فی دلاـلته بـانّ التعلیل بان ذهاب البکارة یکون فی حال مرض أو بأمر یصـیبها أوضـح شاهـد علی کون مورد عـدم ثبوت شـیء من الردّ و الأرش ما إذا لم یعلم سـبق الثیبوبة علی العقد و هو مسلّم فیکون الخبر دلیلا علی القول الرّابع حجّة القول الثّانی امّا علی ثبوت الردّ فما دلّ علی ثبوت الخیار بتخلّف الاشتراط و امّا علی عـدم ثبوت الأرش فالأصل بعد منع کون الثیبوبة عیبا و دعوی اختصاص الأرش بالعیب ممنوعة صغری و کبری کما ستعرف إنشاء اللّه تعالی و حجّة القول الثالث امّا علی عدم ثبوت الردّ فالأصل و امّا علی ثبوت الأـرش فمـا رواه ثقـة الإسـلام (- ره-) عن علیّ بن إبراهیم عن أبیه عن إسـماعیل بن مرار عن یونس فی رجـل اشتری جاریـة علی انّهـا عـذراء فلم یجـدها عـذراء قال یردّ علیه فضل القیمـة إذا علم انّه صادق و أنت خبیر بأنّه مع کونه أخصّ من المـدّعی صـاحب هـذا القول غیر مـانع من إفـادة أدلّة خیار الاشتراط ثبوت الردّ و الأصل لا یقاومها حجّة القول الرّابع امّا علی ثبوت الردّ فأدلّة خیار تخلّف الشّـرط و امّا علی ثبوت الأرش فخبر یونس بعد اعتضاده أو انجبار عدم نسبة الی امام بالشّهرة و امّا علی اختصاص الردّ و الأرش بما إذا علم سـبق الثیبوبـة العقـد فامّا فی جانب الردّ فهی ان تخلّف الشـرط لا یعلم الّا بالعلم بعدم حصول الثیبوبة بعد القبض إذ عند الشکّ فی سبق الثیبوبة العقد فالأصل تأخرها و عدم حصول سبب الفسخ فما لم یعلم حصول سبب الخیار لم یثبت و امّا فی جانب الأرش فهو ظهور التّعلیل فی الموثّق و صراحة القید فی خبر یونس فی ذلک کما لا یخفی و قد یستدلّ علی

ص: ۱۲۷

ثبوت الأرش فى الفرض بانّ فوات البكارة ممّا يؤثّر فى نقصان القيمة تأثيرا بيّنا و يردّ بأنّ الأرش جزء من الثمن و هو لا يوزّع على الشّروط و على ايّ حال فالقول الأخير أجود و اللّه العالم تنبيهات الأوّل انّا و ان جعلنا أرباب القول الرّابع فرقتين مطلقة لثبوت الأرش و الردّ و مقيّدة بما إذا علم سبق الثيبوبة العقد الّا انّ أرباب القول الثانى (- أيضا-) (- ككك-) الا ترى انّ منهم المحقّق فى (- يع-) و قد خصّ ثبوت الردّ بصورة العلم بل لا يبعد دعوى انّ كلّ من أثبت شيئا من الردّ و الأرش أو كليهما يريد بذلك الثّبوت فى صورة العلم دون الجهل ضرورة عدم معقوليّة إثباتهما أو أحدهما فى صورة الجهل بتخلّف الشّرط و لعلّه من هنا نفى كاشف الظّلام الخلاف فى عدم ثبوت شىء منهما فى صورة الجهل حيث قال مازجا بالشرائع و ان جهل ذلك لم يكن له الردّ بلا خلاف حكاية و تفصيلا لانّ ذلك قد يذهب بالخطوة و بالعلّة و النّزوة انتهى و قد سبقه فى نفى الخلاف فى ذلك صاحب الرّياض (- ره-) و لعلّه مراده بالنّقل الثّانى انّه يثبت كونها حال البيع ثيبة بالإقرار و بالبيّنة و بقرب زمان الاختيار لزمان البيع بحيث لا يمكن عادة تجدّد الثيبوبة فيه كما هو واضح الثالث انّ عدم ثبوت الردّ فى صورة الجهل بتأخّر الثيبوبة عن العقد ليس لأصالة عدم تأخّرها لما تقرّر فى محلّه من عدم الدّليل على حجيّة الأصل المذكور و معارضتها بأصالة عدم التقدّم بل لأصالة لزوم العقد و برأيه ذمّة البائع بعد التسليم الظّاهر فى انّه تمام الحق كما هو واضح الرّابع انّه قال الفقيه الغروى (- ره-) انّ الثيبوبة تطلق على معنيين أحدهما الموطوئة و هو الّذى يظهر من صدر عبارة (- يه-) و المجمع و تقابلها البكر و هى الّتى لم تمسّ و هى المرادة فى مسئلة سكوتها عند طلبها و فى مسئلة الأولياء الثانى ذهاب العذرة و لو بحر فوص أو نزوة أو فضّ بإصبع و نحوه و نقابلها البكر من البكارة و هى العذرة و المراد بها التحام الفرج كما فى أخر عبارة (- يه-) و المجمع و هى المرادة من باب ردّ العشر و نصف العشر فى الإماء و الغالب إرادته فى مهر المثل و الظاهر من معناها عندهم الأوّل و مبنى الأخير على الغالب و بناء على الوجه الأوّل لا يضرّ زوال التحام فرجها بغير الوطى و ان علم تقدّمه على العقد فضلا عن ان يشكّ فيه و بناء على الثانى يضرّ الأوّل دون الثّانى الّا مع جهل تاريخ العقد و العلم بتاريخ زوال البكارة فى وجه و الأقوى العدم تمسّكا بأصالة لزوم العقد كما فى صورة جهل تاريخها و جهل تاريخ زوال البكارة و العلم بتاريخ العقد

قوله طاب ثراه ثمّ انّه نسب فى (- كرة-) إلى أصحابنا (- اه-)

قال فى (- كرة-) لو شرط البكارة فكانت ثيّبا قال أصحابنا إذا اشتراها على انّها بكر فكانت ثيّبا لم يكن له الردّ لما رواه سماعة قال سالته عن رجل باع جارية على انّها بكر فلم يجدها على ذلك قال لا يردّ عليه و لا يجب عليه شىء انّه يكون يذهب فى حال مرض أو أمر يصيبها و الأقوى عندى انّه إذا شرط البكارة فظهر انّها كانت ثيبا قبل الإقباض يكون له الردّ أو الأرش و هو نقص ما بينها بكرا و ثيبا و ان تصرّف لم يكن له الردّ بل الأرش لأنّه شرط سائغ يرغب فيه العقلاء فكان لازما فاذا فات وجب ان يثبت له الخيار كغيره و يحمل الرّواية و فتوى الأصحاب على انّه اشتراها على ظاهر الحال من شهادة الحال بالبكارة و غلبة ظنّه من غير شرط انتهى ما فى (- كرة-)

قوله طاب ثراه و لو شرط الثيبوبة (- اه-)

قد صرّح بثبوت الخيار بين الردّ و الإمساك مجّانا فى الفرض فى (- كرة-) و (- عد-) و (- مع صد-) و (- لك-) و (- الروضة-) و غيرها عملا بقاعدة خيار تخلّف الشّرط بعد كون الشّرط المذكور مشروعا لكونه عقلائيّا من حيث إمكان تعلّق غرض به للعجز عن افتضاض البكر أو غيره و قول الماتن (- ره-) لأنّه قد يقصد الثّيب لغرض صحيح مسوق لبيان كون الشرط مشروعا صحيحا لتشمله أدلّة الشّروط و انّما جعلنا الإمساك مجّانا نظرا الى عدم تعقّل الأرش بعد زيادة القيمة بالبكارة و اختار فى (- ط-) و محكى (- ير-) عدم ثبوت الخيار أصلا بكون ضدّها صفة كمال و فيه انّ صحّة الشّرط و ثبوت الخيار بتخلّفه غير مقيّدة بعدم كون ضدّه صفة كمال حتّى يلزم من فوات القيد هنا فوات المقيّد

قوله طاب ثراه ذكر فى (- كرة-) و (- عد-) (- اه-)

قد افتى بذلك فی (- لف-) و محكی (- ير-) و (- س-) (- أيضا-) و خالف فی ذلك الشيخ (- ره-) فی (- ف-) حيث قال إذا كان العبد غير مختون فلا خيار فيه صغيرا كان أو كبيرا و قال الشّافعی إن كان صغيرا لا خيار به و إن كان كبيرا كان له الخيار لانّه يخاف عليه من قطعه فامّا الجارية فلا خلاف انّه لا خيار فيها انتهى و حكى الفتوى بذلك عن (- ط-) و القاضی (- أيضا-) حجّة الأوّل انّه زيادة عن مجرى المعتاد عند النّاس و انّ فيه خطرا على المشترى لأنّه يجب ختانه عليه فربّما ادّى الى التّلف و لا تدليس أعظم من ذلك و إذا ثبت الخيار بتدليس ينقص بعض الصّفات فبالأولى ان يثبت فی تدليس يؤدّى الى إتلاف العين و لا (- كك-) الصّغير و الأمة لعدم اعتباره فيهما و أنت خبير بأنّ شيئا من الوجهين لا يثبت المرام امّا الأوّل فلكون المدار على الزّيادة عن أصل الخلقة لا المعتاد عند النّاس و امّا الثّانی فلأنّه لا يثبت الكليّة بل يختصّ بما إذا تحقّق الخوف على وجه لا يرغب فی بذل ما يبذل بإزائه و حجّة الثّانی أصالة صحّة العقد و لزومه بعد عدم كون الختان عيبا و الأولى ما فی المتن من التّفصيل بينما إذا تحقّق الخوف و بينما إذا لم يتحقّق بثبوت حكم العيب على الأوّل دون الثّانی ثمّ انّه قال فی مفتاح الكرامة انّ المراد بالصّغير هنا ما دون البلوغ نظرا الى انّ ذلك انّما يجب فی البالغ و المرجع إلى عادة الشّرع إذا وجدت بيقين و من ثمّ لم يعتبر الختان فی الأمة و ان اعتيد فلا معنى للرّجوع الى مقتضى العادة الغالبة حتّى لو كان السنّ دون البلوغ يغلب فيه وقوع الختان و ردّ به لما عرفت انتهى قلت الأولى فی ذلك هو الرّجوع الى العرف لانّه المرجع فی أمثال ذلك

قوله طاب ثراه الغير المجدّر

الجدری بفتح الجيم المعجمة و ضمّها و فتح الرّاء على التقديرين معروف و المجدّر و المجدور من فيه ذلك

[مسألة عدم الختان فی العبد الكبير من العيوب]

قوله طاب ثراه فظاهر (- عد-) (- اه-)

قال فی (- عد-) و عدم الختان فی الكبير دون الصّغير و الأمة و المجلوب من بلاد الشرك مع علم المشترى بجهله انتهى و هو بمفهوم القيد يدلّ على ما غراه الماتن (- ره-) اليه بناء على ما هو الأظهر فی إعراب العبارة من قراءة المجلوب مجرورا عطفا على الأمة ليكون المعنى انّ عدم الختان فی الكبير المجلوب من بلاد الشّرك ليس بعيب مع علم المشترى بجلبه لانّه لا ختان فی بلاد الشّرك هكذا فسّره الشهيد (- ره-) فيما حكى عنه و تبعه فی (- مع صد-) و ربّما احتمل فی محكی الحواشی عطفه على الكبير و هو مع عدم مناسبة للتّقييد يحتاج الى تقدير مخالف للأصل

[مسألة عدم الحيض من العيوب]

قوله طاب ثراه عدم الحيض ممّن شأنها الحيض (- اه-)

قد صرّح بكون ذلك عيبا جماعة بل فی (- لك-) و (- ئق-) ان عليه الأكثر و فی الكفاية انّه الأشهر و فی الرّياض انّ عليه كافّة المتأخّرين و عن كشف الرموز انّ الأصحاب بين مفت و ساكت إلّا المتأخر يعنى الحلّی و فی كشف الظّلام انّه المشهور بين المتقدمين و المجمع عليه بين كافّة المتأخّرين و فی الجواهر انّه المشهور نقلا و تحصيلا بل لا خلاف أجده فيه الّا من العجلی

قوله طاب ثراه لانّه خروج عن المجرى الطبيعی (- اه-)

فانّ النّقص أعمّ من نقص العيب و نقص الصّفة و (- أيضا-) فالحيض وصف مطلوب يترتّب عليه قبول الحمل و صحّة المزاج

قوله طاب ثراه و لقول الصّادق (- اه-)

أشار بذلك الى الصّحيح الّذى رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن عدّة من أصحابه عن سهل بن زياد و احمد بن محمّد

ص: ۱۲۸

جميعا عن ابن محبوب عن مالك بن عطيّة عن داود بن فرقد قال سألت أبا عبد اللّه عليه السّلام عن رجل اشترى الى أخر ما فى المتن قوله طاب ثراه و ليس التّقييد بمضىّ ستّة أشهر (- اه-)

قد سبقه فى هذا المقال ثانى الشهيدين (- رهما-) فى (- لك-) فقال و فى دلالته على اعتبار السّتة أشهر نظر فإنّه عليه السّلام انّما علّق الحكم على حيض مثلها و أراد به نفى الصّغر و الياس و إن كان ذلك مستفادا من إثبات الإدراك و نفى كونه عن كبر فانّ المعلوم انّ مثلها تحيض فى تلك المدّة و أقلّ منها و السّؤال وقع عن تأخّر الحيض ستّة أشهر و الجواب لم يتقيّد به و (- ح-) فلو قيل بثبوت الخيار متى تأخّر حيضها عن عادة أمثالها فى تلك البلاد كان حسنا انتهى و أجاب عنه فى مفتاح الكرامة بأنّ معنى الخبر انّه إن كان أمثالها سنّا مع الاتفاق فى البلد و المزاج فى الجملة يوجد منها الحيض دونها يكون ذلك فيها عيبا مع حبس الحيض ستّة أشهر لا من كبر فكانت دالّة على حكم من تأخّر ستّة أشهر مع كون أمثالها تحيض مع عدم الكبر لأنّ الإشارة بذلك الى حبس حيضها ستّة أشهر فكان الجواب مقيّدا بذلك و هذا هو الذى فهمه العلماء المتقدّمون و ليس فيها دلالة على حكم الأقلّ من ستّة أشهر نفيا و لا إثباتا انتهى و ان شئت قلت انّ ضمير أمثالها فى قول الإمام عليه السّلام ليس راجعا الى مطلق الأمة بل إلى الأمة المذكورة فى السّؤال الموصوفة بمضى ستّة أشهر عليها و هى لا تحيض فلا يكون الجواب شاملا الّا لما ذكر فى السّؤال فيكون من تخصيص الجواب لا من تخصيصه اللهمّ الّا ان يقال انّ ذلك فى كلامه عليه السّلام و إن كان إشارة الى عدم الحيض المقيّد بكونه فى ستة أشهر فلا يرد ما فى (- لك-) الّا انّ قوله عليه السّلام فهذا عيب ظاهر فى انّه جعل المدار على تسميته عيبا و من المعلوم عدم توقّفه على مضىّ السّتة أشهر و (- ح-) فالواجب الرّجوع الى حصول صدق العيب عرفا و هو عدم تحيضها فى مدّة تحيض ذوات أسنانها الموافقات لمزاجها فى تلك المدّة لكن الإنصاف انّ قوله عليه السّلام فهذا عيب ليس المراد به انّه عيب عرفا كى يكون بمنزلة العلّة بالحكم و يسرى الحكم فى مورد صدق العيب عرفا بل المراد انّه عيب شرعا فيكون عدم الحيض أقلّ من ستّة أشهر مسكوتا عن حكمه كما لا يخفى و من هنا يسقط ما سمعته من (- لك-) و قد نفى فى الرّياض البعد عمّا فى (- لك-) ثمّ قال بل يثبت بمضىّ مدّة تحيض فيها ذوات أسنانها فى تلك البلاد ثمّ قال و منها ينقدح الوجه فيما ذكره بعض الأصحاب من انّ عدم تحيّض الحديثة البلوغ فى المدّة المذكورة ليس عيبا يوجب الردّ بالبديهة فإنّ أمثالها لم يحضن فيها غالبا فى العادة و يمكن ان ينزل على ذلك عبارة المتن و جماعة انتهى ما فى الرّياض و أراد بالبعض المحقّق الأردبيلى (- ره-) فإنّه قال ينبغى ان لا يكون مجرّد بلوغ تسع سنين و التأخّر ستّة أشهر موجبا لذلك لانّه قد عرف بالتجارب أنّه متأخّر عن عشر سنين و عن اربع عشر سنة بل ينبغى النّظر إلى أمثالها سنا؟؟؟ و مع الاتفاق بالبلد و بالمزاج فى الجملة فإن وجد منها دونها يكون عيبا انتهى و أقول انّ ما ذكره المحقّق المذكور لا ينافى ما ذكره الأصحاب لأنّهم عبّروا بكونها فى سنّ من تحيض و التّعبير فى النصّ بالمدركة الّتى بمعنى من أدركت الطمث فتأمّل و أوضح من ذلك قوله عليه السّلام فهذا عيب فإنّ البديهة قاضية بأنّه لا يكون عدمه عيبا إلّا إذا كان فى السّن المتعارف حصوله فيه لا مطلق جواز وقوعه شرعا فإنّه كان السّؤال عن المدركة فملاحظة ذلك مع تقييده فى الجواب بعدم الكبر ممّا يستفاد منه ذلك كما لا يخفى

قوله طاب ثراه ثمّ انّ حمل الرّواية (- اه-)

هذا تعريض بصاحب الجواهر (- ره-) حيث قال يجب تقييد الردّ بما إذا لم يتصرّف فى هذه المدّة و الّا كان له الأرش كغيره من العيوب إذ احتمال استثناء ذلك منها بانّ التصرّف لا يسقطه لإطلاق الردّ فى الصّحيح المزبور مع استبعاد عدم التصرّف فى هذه المدّة مخالف لظاهر الفتاوى و للأدلّة السّابقة على تعيين الأرش معه المرجّحة بها عليه و إن كان التعارض من وجه انتهى ما فى الجواهر و ما ذكره موجّه و اعتراض الماتن (- ره-) عليه ممكن الدّفع بانّ المراد ليس مطلق التصرّف بل التصرف الدالّ على الرّضا فتأمّل ثمّ كما ينبغى التّقييد بعدم التصرّف فكذا ينبغى التّقييد بما إذا لم يكن حال الشّراء عالما بعيبها و ما إذا لم يكن عدم الحيض مستندا الى سبب حادث عند المشترى بعد ثلثة الحيوان ضرورة انّ العلم بالحال يسقط اثر العيب و حدوثه فى الثلاثة موجب لكون الضّمان على البائع

بمعنی انفساخ العقد علی المشهور

قوله طاب ثراه و ظاهر الحلّی فی (- ئر-) عدم العمل بمضمون الرّوایة رأسا

قال فی (- ئر-) قد روی انّ من اشتری جاریة لا تحیض فی مدّة ستّة أشهر و مثلها تحیض کان له ردّها لانّ ذلک عیب هذا إذا لم یتصرف فیها أورد ذلک شیخنا (- ره-) فی نهایته من طریق الواحد إیرادا لا اعتقادا انتهی و هو کالنصّ فی عدم عمله بالروایة

[مسألة فی أن الإباق من العیوب]

قوله طاب ثراه الإباق عیب بلا اشکال و لا خلاف (- اه-)

قد نفی معرفة الخلاف فیه فی مفتاح الکرامة و الجواهر و محکی (- یر-) و ادّعی فی (- ط-) الإجماع علی انّ له الخیار و یدلّ علی کونه عیبا حکم العرف بذلک ضرورة کونه بحکم التّالف بل هو أبلغ من السّرقة لغیره لأنّه سرقة لنفسه فی الحقیقة

قوله طاب ثراه و یدلّ علیه صحیحة أبی هشام الآتیة فی عیوب السّنة (- اه-)

هکذا وجدت فی النّسخة المصحّحة من المتن و هو سهو من قلمه الشریف أو قلم النّاسخ و الصّحیح ابی همام بالمیم بعد الهاء ثمّ انّه (- ره-) لم یف بما وعده و لم یورد الرّوایة فی طیّ اخبار عیوب السّنة و المراد بها هی الصّحیحة الّتی رواها ثقة الإسلام (- ره-) عن محمّد بن یحیی و غیره جمیعا عن احمد بن محمّد عن ابی همام قال سمعت الرّضا (- ع-) یقول یردّ المملوک من احداث السّنة من الجنون و الجذام و البرص فقلت کیف یردّ من احداث السّنة قال هذا أوّل السّنة فإذا اشتریت مملوکا فحدث شیء من هذه الخصال بینک و بین ذی الحجّة رددته علی صاحبه فقال له محمّد بن علی فالإباق قال لیس الإباق من ذا الّا ان یقیم البیّنة انّه کان أبق عنده

قوله طاب ثراه لکن فی روایة محمّد بن القیس (- اه-)

أشار بذلک الی الصحیح الّذی رواه الشیخ (- ره-) بإسناده عن الحسن بن محمّد بن سماعة عن صفوان عن عاصم بن حمید عن محمّد بن قیس عن أبی جعفر علیه السّلام قال قضی علیّ علیه السّلام انّه لیس فی إباق العبد عهدة الّا ان یشترط المبتاع و مثله ما رواه هو (- ره-) بإسناده عن الصّفار عن احمد بن محمّد بن عیسی عن ابن ابی عمیر عمّن رواه عن محمّد بن أبی حمزة عمّن حدّثه عن أبی جعفر علیه السّلام قال لیس فی الإباق عهدة و حملها علی ما أشار إلیه الماتن (- ره-) بقرینة صحیح ابی همام متعیّن للزوم حمل المطلق علی المقیّد بل فی قوله علیه السّلام فی صحیح محمّد بن القیس الّا ان یشترط المتاع نوع اشعار بکون مورد الخبر هو الإباق بعد العقد و بالجملة فالردّ به انّما هو إذا کان حاصلا قبل العقد و بعده قبل القبض أو بعد القبض قبل التصرّف و قبل انقضاء زمان الخیار فلو کان حاصلا بعد العقد و القبض و التصرّف أو قبل التصرّف بعد الثّلثة لم یجز الردّ بلا کلام ضرورة انّ العیب انّما یوجب الردّ إذا کان حادثا عند البائع أو عند المشتری فی زمان الخیار کما تقدّم و انّما قیّدنا عدم ترتّب الأثر علی الإباق عند المشتری بما إذا لم یکن فی زمان الخیار نظرا الی کون ضمان المبیع فی زمان الخیار علی البائع الّا ان یکون قد تصرّف المشتری بعد العلم بالعیب

قوله طاب ثراه من الشکّ فی کونه عیبا (- اه-)

و أصالة اللّزوم بعد الشکّ المذکور محکمة الی ان یحصل الیقین بسبب الخیار و هو الاعتیاد و قد حکی هذا القول فی (- لک-) و (- الروضة-) عن بعض الأصحاب و عقّبه فیهما بتقویته

قوله طاب ثراه وفاقا لظاهر (- یع-) (- اه-)

قال فی (- یع-)

ص: ۱۲۹

الإباق الحادث عند المشتري لا يردّ به العبد امّا لو أبق عند البائع كان للمشترى ردّه انتهى و وجه الظّهور تعليقه الحكم على الإباق عند البائع الصّادق على الإباق مرّة

قوله طاب ثراه لكون ذلك نقصا (- اه-)

مضافا الى إطلاق صحيح ابى همام المتقدّم

قوله طاب ثراه و لا يشترط إباقه عند المشترى قطعا (- اه-)

يعنى انّ الإباق الكائن عند البائع موجب للخيار من دون توقّف تأثيره على تجدّد الإباق من المملوك عند المشترى لإطلاق النصّ و الفتوى و صدق العيب على الإباق عند البائع فروع الأوّل انّه لو تاب الأبق و حصلت له ملكة الطّاعة ثمّ بيع ففى الردّ بالإباق السّابق وجهان من إطلاق النصّ و الفتوى و استصحاب كونه عيبا و من الأصل و انّ ذلك كالعيب الحادث الزائل قبل العقد الثّانى انّ مقتضى ما قلناه من كون الإباق عيبا هو عدم اختصاص أثره بالردّ خاصّة بل يتخيّر بين الردّ و الأرش لأنّه حكم العيب (- مط-) الثّالث انّه لو شرط المشترى انّ له الخيار ان أبق العبد عنده بعد زمان الخيار أو قبله بعد التصرّف صحّ الشّرط و لزم العمل به مع ضبط المدّة كما فى سائر الشّروط و فى قوله عليه السّلام فى مرسل أبى حمزة المتقدّم الّا ان يشترط المبتاع اشارة اليه كما لا يخفى

[مسألة الثقل الخارج عن العادة فى الزيت و البذر من العيوب]

قوله طاب ثراه الثّقل الخارج عن العادة فى الزّيت و البذر (- اه-)

الثفل بالضّم و الثّافل ما استقرّ تحت الشّيء من كدره قاله جمع من أهل اللّغة و المراد بالزّيت دهن الزّيت و بالبذر دهن بذر الكتان كما قاله جمع فالمضاف و هو الدّهن و ما أضيف إليه البذر و هو الكتان محذوفان و قد يقال انّه دهن البزر و يطلق البزر على الدّهن قال فى الصّحاح البزر بزر البقل و غيره و دهن البزر و بالكسر أفصح انتهى و فى القاموس البزّار بياع بزر الكتان اى زيته انتهى و فى المصباح بزر البقل و نحوه بالكسر و الفتح لغة و لا يقوله الفصحاء الّا بالكسر فهو أفصح و الجمع بزور انتهى ثمّ لا يخفى عليك انّ البزر هنا بالزّاء أخت الرّاء و ربّما يظهر من مجمع البحرين انّه بالذّال المعجمة حيث قال و من كلام الفقهاء الثفل فى البذر عيب و هو بفتح الباء و كسرها مفسّر بدهن الكتّان (- اه-) و قد ذكر ذلك فى مادّة ب ذ ر و لكنّه سهو من قلمه كما لا يخفى على المتتبع ثمّ انّ الماتن (- ره-) احترز بالخارج عن العادة عن الثّقل الغير الخارج عن المعتاد فإنّه لا يوجب ردّا و لا أرشا علم بالمشترى أم لا كما صرّح بذلك جمع قاطعين به بل فى الرّياض و كشف الظّلام استظهار الإجماع عليه للأصل و العمومات السّليمة عن المعارض امّا لانّ ذلك ليس بعيب أو لأنّ جريان العادة بذلك يجعله بمنزلة الشرط و داخلا تحت إطلاق البيع و لا مجال (- ح-) لاحتمال فساد البيع لمكان جهالة قدر المبيع المقصود بالذّات كما قد يتسارع ذلك فى بادى الإنظار إلى الخيال ضرورة ان الشّأن فى ذلك كالشّأن فى معرفة مقدار السّن و ظرفه جملة من دون العلم بالتّفصيل فيكون مثل ذلك غير قادح مع معرفة مقدار الجملة لصدق المعلوميّة (- ح-) و المناقشة بأنّ كفاية معرفة وزن السّمن بظرفه خارجة بالإجماع كما تقدّم أو مفروضة فى صورة انضمام الظّرف المفقود هنا لأنّ الدّردى غير متموّل كما صدرت من الماتن (- ره-) لا وجه لها ضرورة انّه يكفينا فى تصحيح البيع المذكور العمومات بعد حمل النّهى عن الغرر بحكم التبادر على ما لم يندرج تحت جملة معروفة كما فى الشّعير مع ما فيه من التّراب و التّين و غير ذلك و لو قدح الكثير لقدح القليل لعدم الفرق بعد اتّحاد باب الشّبهة الغير المنفكّ عنها شيء لو بنى على تلك المداقة و من هنا ظهر الجواب عن تفرقته (- قدّه-) بين السّمن مع ظرفه و بين السّمن مع درده ضرورة انّه لو تمّ ما ذكره من الفرق فيما ذا يفرق بين السّمن مع ظرفه و بين الشعير مع ترابه و تبنه فتدبّر ثمّ انّ لازم إطلاق صحيح ميسر الآتى إيجاب الدّردى الغير الخارج عن العادة (- أيضا-) الخيار لانّه عليه

السّلام علّق ثبوت الردّ على عدم العلم بالدّردى و مثله عبارة (- يـة-) و (- ئر-) و محكى الجامع و (- ير-) و لكن التأمّل الصّادق يشهد بخلافه ضرورة انّه إذا جرت العادة بمقدار من الدّردى أوجبت العادة كونه معلوما فاندرج فيما يعلم به الّذى نفى عليه السّلام فى الرّواية الخيار فيه ثمّ انّ الثفل المعلوم وجوده فى الزّيت لا يوجب الردّ و لا الأرش سواء كان خارجا من العادة أو موافقا لها كما صرّح بذلك جمع منهم المحقّق (- قدّه-) بل فى الرّياض و كشف الظلام و غيرهما نفى الخلاف فيه و الوجه فى ذلك أصالة اللّزوم مضافا الى صحيح ميسر المتقدّم و الى انّه عند الخروج عن العادة و إن كان عيبا عرفا و عادة بالضّرورة لكن اقدامه عليه على علم منه منع من تحقّق خياره فيه و مثله ما لو أقدم على شرائه من غير علم منه لكنّه تصرّف بعد العلم بالحال فإنّه يسقط بذلك خياره كما هو واضح

قوله طاب ثراه يثبت به الردّ و الأرش (- اه-)

قد صرّح بذلك جمع كثير بل نفى وجدان الخلاف فيه فى الجواهر و الأصل فى ذلك صدق العيب عليه عرفا و كونه على غير أصل وضعه و طبيعته الجارية بين النّاس

قوله طاب ثراه و فى رواية ميسر (- اه-)

قد رواها ثقة الإسلام (- ره-) عن علىّ بن إبراهيم عن أبيه و عن محمّد بن يحيى عن احمد بن محمّد عن ابن ابى عمير و علىّ بن حديد جميعا عن جميل بن درّاج عن ميسر عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال قلت له رجل اشترى ذقّ زيت فوجد فيه درديّا قال فقال إن كان يعلم انّ ذلك يكون فى الزّيت لم يردّه و ان لم يكن يعلم انّ ذلك يكون فى الزّيت ردّه على صاحبه و هى صحيحة على الأظهر لأنّ رجال السّند الى ميسر بن عبد العزيز أصحّاء و امّا هو فقد وثقه علىّ بن الحسن بن فضال و رواية جميل الّذى هو ممّن قام الإجماع على تصحيح ما يصحّ عنه مؤيّد لذلك

قوله طاب ثراه زقّ زيت يجد درديّا

الزّق بالزّاى المعجمة المكسورة ثمّ القاف المشدّدة الظّرف و فى المصباح انّ بعضهم يقول ظرف زيت أو قير و الدّردى من الزيت و غيره ما يبقى فى أسفله قاله فى المجمع

قوله طاب ثراه نعم فى رواية السّكونى (- اه-)

قد رواها الشيخ (- ره-) بإسناده عن علىّ بن إبراهيم عن أبيه عن النّوفلى عن السّكونى عن جعفر صلوات اللّه و سلامه عليه

قوله طاب ثراه عكّة

العكّة بتثليث العين إنية السّمن

قوله طاب ثراه فوجد فيها ربّا

الرّب بضمّ الرّاء المهملة ثمّ الباء الموحّدة المشدّدة دبس الرطب إذا طبخ و قبل الطّبخ هو صفر قاله فى المصباح و غيره

قوله طاب ثراه و هذه الرّواية بظاهرها مناف (- اه-)

يمكن الجواب عن ذلك بعد عدم كون الرّب من الثّقل فى شىء بأنّ حكمه عليه السّلام بان له بمقداره سمنا لعلّه من جهة انّ المبيع مقدار كلّى فى الذّمة و المدفوع وفاء عنه فلمّا تبيّن كونه ناقصا وجب على البائع إكماله و امّا لو كان المبيع هو الموجود الخارجى الّذى فى هذه العكّة على انّه كذا فظهر ناقصا فقد سبق البحث فيه و انّ له الخيار بين قبوله بجميع الثمن و بين فسخ البيع لانّ ذلك من تخلّف الشّرط لا من تبعّض الصّفقة و لا من بيع المعيب و لو سلّم ظهور النصّ فى ذلك فلا محيص من حمله على ذلك و نحوه لقصوره سندا عن الخروج به عن القواعد و وصفه بالصّحة كما صدر من صاحب الجواهر (- ره-) سهو من قلمه الشّريف

قوله طاب ثراه نقصا فى الزّيت من حيث الوصف (- اه-)

(۱۱) كما لو كان ممتزجا بالزّيت غير مميّز منه و كان قد أورث الكدر فيه

قوله طاب ثراه موجب للردّ أو الأرش

(۱۲) إلى هنا عبارة (- ير-)

قوله طاب ثراه و ان لم يفد الّا نقصا فى الكمّ (- اه-)

(۱۳) كما لو كان مميّزا من الزّيت منفصلا نازلا إلى أسفل الظرف مثلا

قوله طاب ثراه فيلحق بما سيجىء فى الصّورة الثالثة (- اه-)

(۱۴) أراد بها الصّورة الثالثة من صور ما لم يفد الّا نقصا فى الكمّ و هى الّتى يذكرها بقوله و لو باعه ما فى العكّة من الزّيت

ص: ۱۳۰

علی انّه کذا و کذا رطلا فتبیّن نقصه عنه (- اه-) و ذلک لانّه لمّا کان إطلاق شراء العکّهٔ بمنزلهٔ اشتراطهما کون ما فی العکّهٔ زیتا و المفروض علمهما بوزن الزّیت مع العکّهٔ الّذی هو بمنزلهٔ العلم بوزن المظروف شرعا کان ذلک ممّا یلحق بما لو باع ما فی العکّهٔ من الزّیت مع اشتراطهما کون الزیت کذا و کذا رطلا فاذا ظهر ناقصا کان للمشتری تخلّف الوصف أو الجزء علی خلاف فتدبّر

[مسألهٔ فی أن مطلق المرض من العیوب و أن بعضه یرد إلی سنهٔ]

قوله طاب ثراه هذا هو المشهور (- اه-)

أشار بذلک الی خلاف بعضهم فی بعض الأربعهٔ فإنّ الجنون لم یخالف فیه بل و لا استشکل فیه احد و استشکل فی الجذام فی (- لک-) و فی البرص المحقّق الأردبیلی (- ره-) و خالف فی القرن جمع تسمع ذکرهم إنشاء اللّه تعالی

قوله طاب ثراه ففی روایهٔ علیّ بن أسباط (- اه-)

أشار بذلک إلی القوی الّذی رواه ثقهٔ الإسلام (- ره-) عن الحسین بن محمّد عن معلّی بن محمّد عن علیّ بن أسباط عن ابی الحسن الرّضا علیه الاف التحیّهٔ و الثناء قال سمعته یقول الخیار فی الحیوان ثلثهٔ أیّام للمشتری و فی غیر الحیوان ان یتفرّقا و احداث السّنهٔ تردّ بعد السّنهٔ إلی أخر ما فی المتن و الی صدر الرّوایهٔ أشار الماتن بقوله فی حدیث خیار الثّلثهٔ یعنی خیار ثلثهٔ أیّام الحیوان

قوله طاب ثراه و فی روایهٔ ابن فضّال (- اه-)

قد رواها الصّدوق (- ره-) فی محکی الخصال عن محمد بن علی ماجیلویه عن محمّد بن یحیی عن محمّد بن احمد عن محمّد بن عیسی عن ابن فضال عن ابی الحسن الثانی صلوات اللّه و سلامه علیه و متنها علی ما فی المتن

قوله طاب ثراه و فی الکافی (- اه-)

روایهٔ (- یب-) و الکافی مخالفهٔ لروایهٔ الخصال و ذلک ان الکلینی (- ره-) رواها عن عدّهٔ من أصحابه عن سهل بن زیاد عن ابن فضال عن ابی الحسن الرّضا صلوات اللّه و سلامه علیه قال تردّ الجاریهٔ من اربع خصال من الجنون و الجذام و البرص و القرن القرن الحدبهٔ الّا انّها تکون فی الصّدر تدخل الظّهر و تخرج الظّهر و رواه فی (- یب-) بإسناده عن سهل عمّن عرفت الّا انّه قال و القرن و الحدبهٔ لأنّها تکون فی الصّدر (- اه-) و قال المجلسی (- ره-) فی حواشی الکافی ان ذکر الحدبهٔ فی روایهٔ ابن فضال علی تقدیر روایهٔ الکافی الظّاهر انّه تفسیر للقرن و هو خلاف المعروف بین الفقهاء و اللّغویّین بل فسّروا بأنّه شیء کالسّن یکون فی الفرج یمنع الجماع و علی روایهٔ (- یب-) تکون معطوفهٔ علی الأربع و هو بعید و قیل المراد به انّ القرن و الحدبهٔ مشترکان فی کونهما بمعنی النّتو لکن أحدهما فی الفرج و الآخر فی الصّدر و لا یخفی بعده و بالجملهٔ یشکل الاعتماد علی هذا التّفسیر هذا کلام المجلسی (- ره-) بتغییر یسیر و علی منواله جری فی (- ئق-)

قوله طاب ثراه و فی الصّحیح عن محمّد بن علی (- اه-)

رواه الشّیخ (- ره-) بإسناده عن محمّد بن علیّ بن محبوب عن محمّد بن عبد الحمید عن محمّد بن علی عن الرّضا علیه الاف التحیّهٔ و الثّناء قال سمعته یقول یردّ المملوک إلی أخر ما فی المتن و بمضمونه صحیح ابی همام المتقدّم عند الکلام فی إباق المملوک

قوله طاب ثراه و احتمل بعض کونه الحلبی (- اه-)

هذا البعض هو المحقّق الأردبیلی (- ره-)

قوله علیه السّلام هذا أوّل السّنهٔ (- اه-)

الظاهر انّ المشار الیه بقوله علیه السّلام هذا أوّل السّنهٔ أخر ذی القعدهٔ حیث جعل أخر السّنهٔ ذی الحجّهٔ و (- ح-) فجعل أخر ذی

القعدة أوّل السّنة باعتبار کونه زمان المخاطبة و صدور الرّوایة و مثل ذلک شائع عرفا حیث تراهم عند المثال یجعلون أوّل المدّة حین التکلّم و ربّما حکی عن العلّامة المجلسی (- ره-) انّه فسّر الرّوایة بأنّه إذا کان البیع أوّل المحرّم قال لأنّه أوّل السّنة و المراد انتهاء ذی الحجّة ثمّ قال و احتمال کون سنتها کالزکاة احد عشر شهرا بعید انتهی و أنت خبیر بانّ ما ذکره من التفسیر مثل ما استبعده من الاحتمال فی البعد لعدم ظهور قوله و بین ذی الحجّة إلّا فی أوّلها و جعل أوّل السّنة أوّل المحرّم لمجرّد کونه أوّل تبدّل التاریخ ممّا لا وجه له فما قلناه متعیّن و اللّه العالم

قوله طاب ثراه و من هنا استشکل المحقّق الأردبیلی فی الجذام (- اه-)

هذا سهو من قلمه الشّریف لانّ المحقّق الأردبیلی (- ره-) انّما استشکل فی البرص دون الجذام و امّا الجذام فالمستشکل فیه هو الشهید الثانی (- ره-) فی (- لک-) حیث قال یبقی فی حکم الجذام إشکال فإنّه یوجب العتق علی الثانی قهرا کما سیأتی و (- ح-) فإن کان حدوثه فی السّنة دلیل علی حدوثها قبل البیع لأنّها تکمل فی البدن سنة ثمّ تخرج فیکون عتقه علی البائع فیکشف ظهوره عن بطلان البیع فلا یتّجه الخیار و ان عمل علی الظّاهر کان حدوثه فی ملک المشتری موجبا لعتقه قبل ان یختار الفسخ إذ لیس له اختیار حتّی یتحقّقه و متی تحقّقه حکم بعتقه شرعا قبل الفسخ فیشکل جوازه بعد العتق و قد تقدّم نظیره ثمّ انّه (- ره-) أجاب عن الإشکال بقوله و یمکن حلّه بانّ الحکم بعتقه بالجذام مشروط بظهوره بالفعل کما هو ظاهر النصّ و لا یکتفی بوجوده فی نفس الأمر فلا یعتق علی البائع قبل بیعه لعدم ظهوره و لا بعده قبل الفسخ لعدم ملکه و عتقه عن المشتری موقوف (- أیضا-) علی ظهوره و هو متأخّر عن سبب الخیار فیکون السّابق مقدّما فیتخیّر فان فسخ عتق علی البائع بعده و ان اختار الإمضاء عتق علی المشتری بعده فینبغی تأمّل ذلک انتهی کلامه علا مقامه و أنت خبیر بان کلّا من الإشکال و الجواب منظور فیه امّا الجواب فیأتی وجه النّظر فیه فی کلام الماتن (- ره-) و امّا أصل الإشکال ففیه أوّلا- ما أشار إلیه فی مفتاح الکرامة و الجواهر و غیرهما من زبر الأواخر من انّه لا إشعار فی شیء من النّصوص بانّ الفسخ بهذه العیوب لمکان ظهور سبقها عند البائع حتّی یتّجه القول بسبق الخیار فانّ ابن إدریس الّذی هو الأصل فی هذا الإشکال قال فی (- ئر-) انّ الدّلیل علی المسئلة الإجماع و ما بنا حاجة الی ما قاله شیخنا فی مقنعة من انّ أصول هذه الأمراض یتقدّم ظهورها سنة و لا یتقدّمها بأکثر من ذلک لانّ هذا یؤدّی الی بطلان البیع لأنّ البائع باع ما لا یملک لانّ الرّقیق ینعتق بالجذام من غیر اختیار مالکه و انّما الشارع حکم بانّ الرّقیق یردّ من هذه العیوب ما لم یتصرّف فیه ما بین شرائه من سنة انتهی و ثانیا ما فی (- ئق-) من انّ الانعتاق بالجذام و نحوه انّما هو فی الملک المستقرّ الّذی لا یتعقّبه خیار و لا فسخ و ما نحن فیه لیس (- کک-) فإنّه مراعی بمضیّ السّنة سالما من العیوب المذکورة إذ مع ظهورها فی هذه المدّة فله ردّه فهو غیر مستقرّ و ملخّص البحث ان هذه الرّوایات مع کثرتها و صحّة بعضها صریحه فی الرّدّ بهذه العیوب الّتی من جملتها الجذام و قد اتّفقت علی الرّدّ به علی انّ ما ذکروه من الخیار فی الصّورة المذکورة سیأتی إنشاء اللّه تعالی ما فیه و ما روی فی الانعتاق بالجذام انّما هو روایة السّکونی و إن کان ظاهرهم الاتفاق علی القول بها و هی تضعف عن معارضة هذه الأخبار و لو ثبتت المعارضة و المنافاة فالواجب العمل بهذه الأخبار و حمل روایة السّکونی علی استقرار الملک قال و بذلک یظهر ما فی قوله تفریعا علی ما قدّمه فان فسخ عتق علی البائع بعده و این هذا التفصیل من ظاهر الأخبار المذکورة و هی انّما تضمّنت الردّ بظهور احد هذه العیوب خاصّة انتهی و ربّما یظهر من بعضهم تسلیم الإشکال فی الجملة و القول بالانعتاق و استحقاق المشتری الرّجوع علی البائع بالثمن و بانفساخ العقد من رأس حینئذ من دون حاجة الی الفسخ لأنه قد تلف بعیب مضمون علی البائع فهو کالعمی فی الثلاثة و حینئذ فیکون المراد بالرّدّ فی نصوص المقام الأعمّ منه و من الردّ بالخیار و قد یحتمل ان لا یکون انفساخا فله الخیار (- ح-) بین فسخ العقد و الرّجوع بالثمن و بین الإمضاء و المطالبة بالأرش لکن یجب (- ح-) عدم ملاحظة الحریّة فیقوّم عبدا صحیحا و عبدا مجذوما إذ علی تقدیر ملاحظتها لا تبقی لها قیمة فلا جهة (- ح-) للأرش بل یتعیّن کونه انفساخا کما فی کلّ عیب مذهب للمالیّة کما نبّه علی ذلک فی الجواهر ثمّ قال و لعلّ ذلک لازم علی ما ذکره فی (- لک-) (- أیضا-) فیما لو منع مانع من

ص: ۱۳۱

ردّه من حدوث عیب و نحوه ثمّ أجذم فإنّه لا محیص له (- ح-) عمّا ذکرنا من القول بالانفساخ قهرا أو اختیار الأرش علی الطریق المذکور انتهی و أقول لا یخفی علیک إباء ظاهر الأخبار عن الانفساخ قهرا الّذی التزم به البعض المذکور بل ظاهر قوله علیه السّلام رددته فی الأخبار المشار إلیها انّما هو الفسخ دون الانفساخ و أوهن من ذلک جعل الردّ بمعنی الفسخ بالنّسبة الی غیر الجذام و بمعنی الانفساخ بالنّسبة الیه و الّذی یقتضیه التدبّر المقرون بالنّصفة انّما هو القول بإیجاب الجذام کالجنون الخیار لانّ هذه الأخبار قد نطقت بالخیار بحدوث الجذام ما بین العقد و بین سنة و خبر السّکونی دلّ علی إیجاب الجذام الانعتاق و إطلاقه یشمل السّنة و ما بعدها فالنّسبة بینهما هی العموم من وجه فیحمل خبر السّکونی علی الحدوث بعد السّنة أو یحکم بانّ تقدّم سبب الخیار یوجب توقّف الانعتاق علی إمضاء العقد و لو فی غیر المقام و بالجملة فرفع الید عن الأخبار المذکورة المؤیّدة بعمل کافّة الطّائفة ممّا لا وجه له أصلا بقی هنا شیء و هو انّا قد أشرنا إلی استشکال المحقّق الأردبیلی (- ره-) فی البرص و لا بدّ من نقل اشکاله قال (- ره-) و فی البرص اشکال لورود أنّ العهدة فیه ثلثة أیّام و فی روایة عبد اللّه بن سنان المتقدّمة فی خیار الحیوان عن ابی عبد اللّه صلوات اللّه و سلامه علیه عهدة المبیع فی الرّقیق ثلثة أیّام إن کان بها حبل أو برص أو نحو هذا و عهدته السّنة من الجنون فما بعد السّنة فلیس بشیء و الظاهر انّها صحیحة إذ لیس فیه من به شیء إلّا الحسن بن علی الوشاء الظّاهر توثیقه من کتب الرّجال و لهذا قد سمّی ما هو فیه بها و الأصل أدلّة لزوم البیع یؤیّده و یمکن حمل غیرها علی استحباب قبوله للبائع أو الثّانیة علی کراهة ردّه و ان جازوا و لعلّه اولی من الحمل الأوّل و أنسب بالعبارة و یوافق المشهور (- فت-) انتهی و أجاب عنه فی (- ئق-) بترجیح اخبار المقام علی حسن بن سنان بالصّحة و الکثرة و الاعتضاد باتّفاق الأصحاب علی عدّ البرص هنا ثمّ احتمل کون لفظ البرص فی الحسنة تحریف مرض من بعض الرّواة قال فانّ قرب التحریف من احد هذین اللّفظین إلی الأخر ممّا لا ینکر انتهی و أقول ما ذکره من رجحان اخبار المقام علی الحسنة فی غایة المتانة بناء علی المعارضة و ربّما یمکن منع المعارضة من أصلها نظرا انّ المراد بالخبل و البرص و نحوهما فی الموثقة انّما هو السّابق کما یشهد به التعبیر بکان و المقارنة بالخبل الغیر المتبیّن فی ثلثة أیّام فمورد الحسنة انّما هو ثبوت الخیار بالبرص السّابق علی العقد إذا علم به قبل انقضاء الثلاثة و لا تعرّض فی ذلک لحال البرص الحادث بعد العقد أو بعدها إلی سنة فتبقی اخبار المسئلة عن المعارض سلیمة

قوله طاب ثراه و لیس التعارض من باب المطلق و المقیّد (- اه-)

بل هو من باب السّکوت و البیان کما لا یخفی

قوله طاب ثراه و فیه انّ ظاهر هذه الأخبار (- اه-)

حاصل هذا الإیراد إفساد مبناه اعنی تأخّر ظهور الجذام عن سبب الخیار و وجه الفساد انّ سبب الخیار لیس الّا ظهور الجذام و لیس شیئا أخر متقدّما علیه کی یتمشّی ما ذکره الموجّه من تأخّر العتق عن الظّهور المتأخّر عن سبب الخیار بل سبب الخیار و سبب الانعتاق کلاهما ظهور الجذام و توهّم انّ سبب الخیار انّما هو العقد و سبب الانعتاق هو ظهور الخیار ساقط لانّ السّبب عبارة عمّا استند الیه المسبّب و الخیار غیر مستند الی العقد بل الی ظهور الجذام کما لا یخفی و قد لوّح الی ما ذکرنا فی مفتاح الکرامة بقوله بعد نقل جواب (- لک-) قد تأمّلنا ذلک فلم نعرف الوجه الوجیه فی تأخّر ظهوره عن سبب الخیار إذ الظّاهر انّ سبب الخیار ظهور احد هذه الخصال کما یظهر من الأخبار منتهی و سبقه الی ذلک صاحب (- ئق-) (- ره-)

قوله طاب ثراه لعدم قیام المال بعینه (- اه-)

أشار بذلک الی الضّابط المستفاد من مرسلة جمیل المتقدّمة فی الثانی من مسقطات هذا الخیار و هو التصرّف

قوله طاب ثراه و الإجماع المدّعی فی (- ئر-) و الغنیة (- اه-)

قد نسب جواز ردّ الرّقیق من الجنون و الجذام و البرص الحادثة بین العقد و بین سنة الی أصحابنا تارة و ادّعی الإجماع علیه اخری و

نسبه الی الشّارع ثالثة و ادّعی فی الغنیة الإجماع علی انّ الرقیق عبدا کان أو امة یردّ من الثلاثة المذکورة الحادثة إلی مدّة سنة إذا لم یمنع من الردّ مانع

قوله طاب ثراه ثمَّ انّ زیادة القرن لیس فی کلام الأکثر (- اه-)

بل وقع الاقتصار فی غالب کلماتهم منها المقنعة و (- یة-) و الوسیلة و (- شاد-) و غیرها علی ذکر الثلاثة الأوّل و لکن حکی القول بکون ذلک من احداث السّنة عن الإسکافی و الشهید (- ره-) فی (- س-) و ابن سعید فی الجامع و حجّتهم مستفیض الأخبار مثل خبر علیّ بن أسباط و خبری ابن فضال المتقدّمة و بها یرفع الید عن حجّة المنکر و هو أصالة اللّزوم بعد خلوّ صحیحة أبی همام عنه مع وروده فی مقام التهدید و الضّبط لهذه الأمور فإنّ الأصل ینقطع بالنّصوص المشار إلیها و خلوّ صحیح ابی همام لا یضرّ بعد وجوده فی المستفیضة فإنّ الصّحیحة (- ح-) ساکتة و المستفیضة ناطقة به و النّاطق مقدّم علی السّاکت و لا یضرّ عدم نقاء سند المستفیضة بعد تجابر بعضها ببعض بل فی مجمع الفائدة أنّ المظنون کون محمّد بن علی هو الحلبی فیصحّ السّند قلت مضافا الی وجود القرن فی الصّحیحة (- أیضا-) علی روایة الشیخ (- ره-) فی محکی (- یب-)

قوله طاب ثراه ثمَّ انّ ظاهر إطلاق الأخبار (- اه-)

قلت یظهر من الأصحاب فی سقوط خیار أحداث السنة بالتصرّف أقوال أحدها سقوط الردّ بمطلق التصرّف و ثبوت الأرش و هو خیرة (- ئر-) و (- عد-) و (- شاد-) و (- لک-) و محکی (- س-) و ظاهر (- مع صد-) و غیرها و الأصل فی ذلک إطلاق ما دلّ علی سقوط الخیار بالتصرّف بل فی (- ئر-) هنا دعوی الإجماع علی السّقوط و حیث انّ کلامه قد تضمّن نکتا لطیفة أجبت إیراده برمّته قال (- ره-) بعد التفرقة بین العیوب بثبوت الخیار بالحادث بعد العقد من الثلاثة دون غیرها من العیوب و التعلّق فی ذلک بالإجماع ما لفظه و لئن خطر بالبال و قیل الفرق بینها و بین غیرها من العیوب هو انّ غیرها من العیوب بعد التصرّف لیس للمشتری الردّ و العیوب الثلاثة له الردّ بعد التصرّف فافترقت هذه العیوب من هذا الوجه الّذی ذکرتموه قلنا له هذا خلاف إجماع أصحابنا و مناف لأصول المذهب لأنّ الإجماع حاصل علی انّ بعد التصرّف فی المبیع یسقط الردّ بغیر خلاف بینهم و الأصول مبتیّة مستقرّة علی هذا الحکم فان قیل فما بقی لاستثنائهم العیوب الثّلثة و انّما تردّ بها الرّقیق ما بین الشّراء و بین سنة معنی و لا فائدة قلنا الفائدة و المعنی هو الوجه الّذی قدّمناه لیسلّم هذا الإجماع و الأصول الممهّدة لأنّ الکلام و الأخبار فی الرد إلی سنة من الثلاثة العیوب مطلق لم یذکر فیه تصرّف ا و لم یتصرّف و الشّارع إذا خاطبنا بخطاب مطلق یجب علینا ان نحمله علی إطلاقه و عمومه الّا ان یکون تخصیص و تقیید لغویّ أو عرفیّ أو شرعی فیرجع فی إطلاقه إلیه لأنّ المطلق یحمل علی المقیّد إذا کان الجنس واحدا و العین واحدة و الحکم واحد کما قال اللّه تعالی حُرِّمَتْ عَلَیْکُمُ الْمَیْتَةُ وَ الدَّمُ وَ لَحْمُ الْخِنْزِیرِ فاذا سئلنا عن دم السّمک هل هو نجس أم لا فجوابنا بأجمعنا انّه طاهر فان استدلّ علیها بالآیة المتقدّمة الّتی أطلق

ص: ۱۳۲

الدّم فيها و دم السّمك دم بغير خلاف قلنا فقد قال اللّه تعالى فى أية أخرى أَوْ دَماً مَسْفُوحاً فقيّد بالسّفح و دم السّمك غير مسفوح فيجب ان يحمل المطلق على المقيّد لأنه حكم واحد و عين واحدة و جنس واحد فان قيل هذا قياس و القياس عندكم باطل قلنا معاذ اللّه ان يكون ذلك قياسا بل أدلّة مقرّرة فى أصول الفقه ممهّدة عند من احكم أصول هذا الشأن و (- كك-) قد يخصّ العام بالأدلّة و نحكم بالخاصّ على العامّ و أمثلة ذلك كثيرة مذكورة فى مظانّها انتهى ثانيها عدم سقوط الردّ هنا بالتصرّف (- مط-) و هو الّذى يقتضيه إطلاق المقنعة و (- يه-) و الوسيلة و الغنية و الأصل فى ذلك إطلاق الأخبار المزبورة كما أشار الى ذلك فى مجمع الفائدة بقوله انّ الأخبار الدالّة على الردّ هنا خالية عن قيد عدم التصرّف بل هو ظاهر الردّ مع التصرّف (- أيضا-) لبعد عدم التصرّف سنة و لو بمثل اسقنى ماء و أغلق الباب فى مملوك اشتراه للخدمة كما مرّ غير مرّة و لانّ عدم التفصيل فى مثله يفيد العموم بل نصّ فى ذلك فلا يبعد استثناء هذه العيوب (- أيضا-) من عدم جواز الردّ مع التصرّف مع انّه قد تقدّم عدم نصّ صريح فى المنع كلّية و على تقديره (- أيضا-) يجوز التخصيص هذه الرّواية و ليس تقييد هذه بعدم التصرّف بأولى من عدم تقييد تلك بعدم هذه العيوب و استثنائها منه بل الظّاهر انّ هذه اولى لما تقدّم من البعد و لكن القائل به غير ظاهر و هم اعرف انتهى و ردّ بأنّه لا استبعاد فى حمل الإطلاق على صورة عدم التصرّف بعد ان لم يكن جوابا للسؤال عن أمر واقع و فيه نظر يظهر وجهه إنشاء اللّه تعالى ثالثها السّقوط بالتّصرف المغيّر للعين أو الصّفة دون غيره و هو ظاهر (- يع-) حيث قال هذا الحكم يثبت مع عدم الإحداث فلو أحدث ما يغيّر عينه أو صفته ثبت الأرش و سقط الردّ انتهى و اعترض فى (- لك-) على المحقّق (- ره-) بقوله الأجود انّ مطلق التصرّف مانع من الردّ كغيرها من العيوب و ان لم يوجب تغيّرا انتهى و فيه ما مرّ عند الكلام فى التصرّف المسقط من انّ المسقط انّما هو التصرّف المغيّر للعين أو الصّفة دون مطلق التصرّف و (- ح-) فأخبار الباب تقيّد بما دلّ على السّقوط بالتصرّف المغيّر للعين و الصّفة و يبقى إطلاقها بالنّسبة إلى التصرّف الغير المغيّر للعين أو الصّفة محكما و توهّم انّ النّسبة بين هذه الأخبار و بين ما دلّ على السّقوط بالتصرّف هى العموم من وجه لشمول إطلاق هذه الأخبار لصورتى التصرّف و عدمه و شمول ما دلّ على السّقوط بالتصرّف المغيّر لما إذا كان العيب من احداث السّنة أو غيره و لا مرجّح فى البين مدفوع بأنّ النّسبة بين جميع اخبار الردّ بالعيب و بين دليل سقوط الردّ بالتصرّف المغيّر على هذا هى العموم من وجه فتقييدهم الأدلّة بالثانى يكشف عن فهمهم حكومة الثّانى على الأدلّة نظرا الى كون إطلاق أخبار الردّ بالعيب واردا أمور بيان مجرّد سببيّة العيب للردّ فلا إطلاق له يشمل صورتى التصرّف و عدمه حتّى تكون النّسبة هى العموم من وجه فكذا فيما نحن فيه لا إطلاق لهذه الأخبار يشمل صورتى التصرّف المغيّر و عدمه لكنّ الإشكال من جهة أخرى هنا و هو انّ مورد ما دلّ على مانعيّة التصرّف المغيّر من الردّ انما هو العيوب المتعارفة السّابقة على العقد فلا يشمل أحداث السّنة فمانعيّة التصرّف هنا لا يكون الّا للكشف عن الرّضا فالتصرّف الكاشف مانع دون غيره و لا يكشف التصرّف إلّا إذا كان بعد العلم بحدوث أحد الأحداث لا قبله و على هذا فالحقّ هو التّفصيل بين التصرّف السّابق على حدوث شىء من العيوب الأربعة المذكورة أو اللّاحق على الحدوث و السّابق عن علم المشترى به و بين التصرّف الكاشف عن الرّضاء بعد الحدوث و العلم به بالسّقوط فى الأخير دون غيره امّا السّقوط فى الأخير فواضح و امّا عدم السّقوط فى غيره فلاستصحاب الخيار و أصالة عدم السّقوط و إطلاق الأخبار بعد اختصاص دليل السّقوط بالتصرّف بغيره إذ ليس الّا النّص أو الدّلالة على الرّضاء و لا ريب فى اختصاص مورد الأوّل بصورة تأخّر التصرّف عن العلم بالعيب بل اختصاصه بغير العيوب الأربعة و امّا الثانى فاختصاصه بصورة التأخّر واضح لعدم دلالة التصرّف السّابق على الحدوث أو العلم بالحدوث على الرّضا عرفا بالوجدان فتدبّر بقى هنا أمور متعلّقة بأحداث السّنة ينبغى التنبيه عليها الأوّل انّ الظّاهر كون الردّ بأحداث السّنة رخصة لا عزيمة بمعنى انّ العقد لا يفسد بذلك بل يثبت له الخيار بين الردّ و الإمساك

و الوارد فى تلك الأخبار و إن كان جملة خبريّة مستعملة فى الإنشاء و مقتضى ذلك الوجوب الّا انّ وقوعها موقع توهّم الخطر للزوم البيع يفيد الإباحة بل لنا منع كون الجملة مستعملة فى مقام الإنشاء بل هى خبريّة سيقت لبيان مجرّد استحقاق الرّد و على اىّ حال فلا

ینبغی التأمّل فی کون المراد الخیار الثّانی انّ الأخبار کما تری قد خلت عن ذکر الأرش لو اختار الإمساک عند عروض شیء من الأحداث المذکورة فی ضمن السّنة بل الواقع فیها انّما هو ثبوت الردّ و لا دلیل علی الأرش و الأصل برأیه ذمّة البائع منه و ما دلّ علی ثبوت الأرش فی العیب لو اختاره المشتری منصرف الی العیب المتعارف الحاصل قبل القبض و انقضاء خیار الثّلثة و شموله لإحداث السّنة غیر معلوم و الأصل عدمه و قد جزم بما قلناه فی (- ئق-) حیث قال ان ظاهر الأصحاب هو انّه بظهور احد هذه العیوب فی ضمن السّنة یتخیّر بین الردّ و الأخذ بالأرش کما هو قضیّة خیار العیب و الرّوایات المذکورة علی کثرتها انّما تضمّنت الردّ خاصّة و هی موافقة للرّوایات الّتی قدّمناها فی خیار العیب حیث انّها انّما تضمّنت الردّ خاصّة و امّا الأرش فإنّما هو فی صورة التصرّف المانع من الردّ انتهی و لکن ظاهر الجواهر إرسال ثبوت الأرش لو اختار الإمساک حتّی قبل التصرّف إرسال المسلمات و عدم الدّلیل علیه مع کونه علی خلاف الأصل کاف فی بعده فتدبّر الثّالث انّه لو حدث شیء من العیوب المذکورة بعد انقضاء السّنة من العقد لم یکن إشکال فی عدم ثبوت الخیار للمشتری لأصالة اللّزوم بعد اختصاص مورد الأخبار بالحادث فی السّنة و التوقیت فیها بالسّنة مضافا الی قوله علیه السّلام فی صحیحة عبد اللّه بن سنان المتقدّمة عند الکلام فی البرص فما بعد السّنة فلیس بشیء الرّابع انّ السّنة هل هی ظرف لحدوث العیب حتّی یجوز الفسخ بعدها بالعیب الحادث فیها أم لا بل هی ظرف للحدوث و الفسخ جمیعا وجهان استظهر بعضهم الأوّل بل فی کشف الظلام استظهار اتفاق الأصحاب علی انّ حدوث احد هذه الأشیاء فی ضمن السّنة ممّا بین العقد و انتهاء السّنة موجب للخیار فیما بعد السّنة (- أیضا-) امّا مطلقا أو بشرط ان لا ینافی الفوریة علی اختلاف الرّأیین فی حکم الخیار من الفور أو التّراخی و امّا اخبار المسئلة فعلی أقسام فمنها ما یفید بإطلاقه الوجه الأوّل مثل صحیح ابی همام حیث أطلق فیه الردّ من الأحداث الّتی ظرفها سنة العقد و مثله خبر محمّد بن علی و منها ما یفید الثّانی مثل خبر ابن فضال المتقدّم حیث انّ قوله علیه السّلام فی أربعة أشیاء خیار سنة ظاهر فی کون السّنة ظرفا للخیار (- أیضا-) (- فت-) و منها ما ینافی ذیله صدره مثل خبر علیّ بن أسباط حیث قال علیه السّلام فی صدره انّ احداث السّنة تردّ بعد السّنة و قال علیه السّلام فی ذیله فمن اشتری فحدث فیه هذه الأحداث فالحکم ان یردّ علی صاحبه الی تمام السّنة من یوم اشتراه فانّ الصّدر صریح فی الوجه الأوّل و الذیل ظاهر فی الوجه الثّانی و انّما جعلناه ظاهرا و الصّدر صریحا لاحتمال ان تکون الغایة فی الصّدر غایة لتأثیر الحدوث فی الردّ لا غایة لنفس الردّ و (- ح-) فصراحة الصّدر تحکم علی ظهور الذّیل و یؤیّد بإطلاق صحیح ابی همام و خبر محمّد بن علی فیترجّح بذلک الوجه الأوّل و یقصده باستظهار

ص: ۱۳۳

الاتّفاق المزبور فتدبّر جيّدا

[خاتمة فی ذکر عیوب متفرقة]

قوله طاب ثراه خاتمة فی عیوب متفرّقة

قلت هناک أمور أخر عدّت من العیوب لم یذکرها الماتن (- ره-) و لا بأس بالتعرّض لها فمنها ظهور المملوک المشتری خنثی فانّ ذلک عیب قطعا لصدق المعیوب علیه عرفا مضافا الی دلالة الضّابط المزبور علیه و منها التخنیث و قد ادّعی فی (- ط-) الإجماع علی کونه عیبا و هو علی ما فی الصّحاح و القاموس و المصباح التثنّی و الانعطاف و اللّین و عن المازنی انّ المخنّث الّذی تشبّه بالنّساء فی اطلاقهنّ و کلامهن و حرکاتهنّ و حکی نحوه عن الشهید (- ره-) فی الحواشی و حکی عن العیاذ ذلک مع زیادة انّ ذلک امّا خلقة أو تصنّعا من الفسقة و فی (- مع صد-) انّه الممکّن من نفسه قلت هو علی التّفسیر الأخیر عیب جزما إذا کان ذلک عادة له لحکم العرف بکونه عیبا لکن فی مفتاح الکرامة نفی وجدان من فسّره بذلک من الفقهاء و أهل اللّغة قال و فی (- کرة-) مخنّثا أو ممکّنا من نفسه فعطف بأو الدّال علی المغایرة انتهی و امّا علی التفاسیر الأخر فلا ینطبق علیه الضّابط المزبور و (- ح-) فان حکم العرف بکونه عیبا و الّا کان للنّظر مجال و منها الجهر و هو مرض فی العین أثره عدم البصر فی الشمس و العشاء و هو سواء البصر باللّیل أو عدم البصر أصلا و الخفش و هو صغر العینین مع ضعف البصر و الجحظ و هو خروج مقلّة العین و کون ذلک کلّه عیوبا ممّا لا اشکال فیه بعد قضاء العرف بذلک و منها الجبّ و هو استیصال الخصیة و الخصاء و هو سلّ الخصیتین و قد صرّح بکون کلّ منهما عیبا جماعة قاطعین به بل فی (- لک-) و ظاهر (- کرة-) و (- مع صد-) الاتّفاق علیه و کفانا فی ذلک حکم العرف بذلک مضافا الی انطباق الضّابط المنصوص علیه من غیر فرق بین إیجابهما نقص القیمة أم لا لما مرّ من عدم الدّلیل علی تخصیص النّقیصة و الزّیادة بالمنقصتین للمالیّة و لازم ذلک ثبوت کلّ من الأرش و الردّ فی ذلک و قد مرّ بعض الکلام فیه و نقل وجهین اخرین فیه و عرفت انّ نظر من منع من ثبوت حکم العیب علیه من الردّ و الأرش الی ما بنی علیه من اعتبار إیجاب نقص المالیة فی الزّیادة و النّقص المثبتین للعیب و فیه أوّلا ما مرّ من منع اعتبار ذلک و ثانیا ما فی مفتاح الکرامة من منع عدم نقص المالیّة بهما قال (- ره-) لا ریب فی نقص قیمة المجبوب و الخصیّ عند التجّار و أصحاب الأشغال لعجزهما عن أکثر أفعال الفحول من نسل و غیره و انّما یرغب إلیهما بعض افراد النّاس کالحکّام و السّلاطین لرؤیة نسائهنّ و دخولهما علیهنّ و هذا نفع ألغی الشّارع منفعته و جعل ذلک النقصان و ما ترتّب علیه حراما لأنّ حرمة الخصاء فی الآدمی محلّ وفاق و فی غیر الآدمی ظاهر نهایة الأحکام الإجماع علیه حیث قال منع علمائنا من خصاء الحیوان و الّذی وجدناه قائلا بالمنع فی غیر الآدمی انّما هو القاضی و التّقی و المصرّحون بالجواز من المتأخرین کثیرون و امّا حرمة ما ترتب علی ذلک اعنی نظر الخصیّ إلی مالکته فقد حکی علیها الإجماع فی (- ف-) و ظاهر فقه القرآن و لم نجد مخالفا قبل (- المصنف-) (- ره-) فی (- لف-) فقد اتّضح انّهما ناقصان نقصا مالیّا الی ان قال و منه یعرف الحال فی الخصیّ غیر الآدمیّ علی انّه لا یجزی فی الزکاة و لا فی الهدی و لا الأضحیة انتهی لکن الإنصاف عدم نقص المالیّة فیهما لأنّ حرمة الفعل و حرمة ما یترتّب علیه لا یقتضی مقصده بعد کون القیمة بید الناس و زیادة قیمة المملوک بالجبّ و الخصاء عندهم بالوجدان و الأمر فی غیر الآدمیّ أوضح فالأولی ما قلناه من منع اختصاص الزّیادة و النّقیصة بالمنقصتین للمالیّة فلا تذهل و منها استحقاق القتل فی الرّدة أو القصاص و القطع بالسّرقة و الجنایة و الاستسعاء فی الدّین و یتصوّر الاستسعاء فی الدّین کما فی مفتاح الکرامة فیما إذا استدان بغیر اذن مولاه علی قول بعض الأصحاب و فیما إذا أفسد العبد مالا لاخر فضمنه المولی فی بیعه و علی ایّ حال فقد صرّح بکون ذلک عیبا جماعة بل فی (- کرة-) الإجماع علیه صریحا و لعلّ الأصل فی ذلک قضاء العرف بذلک لکونه فی معرض التّلف و ایّ عیب أعظم من ذلک و منها

كون الضّيعة منزل الجنود و ثقيل الخراج عدّهما فى (- كرة-) من العيوب و لعلّ ذلك لأنّهما يقلّلان الرّغبات و ينقصان الماليّة و فيه تأمّل نعم لو صدق عليه العيب عرفا اتّجه ذلك و قد يقال انه لا فرق فى الخراج بين أخذه بظلم أو غيره و المراد بثقله ان يكون فوق المعتاد فى أمثال ذلك و فى (- مع صد-) انّ مثله ما إذا صار للظّلمة عليها سبيل خارج عن العادة و لو بمرّة و عن بعض العامّة إلحاق ما لو كان الى جانبها قصّار يؤذى بصوت الدّق و يزعزع الأبنية و فيه خفاء و منها بول الكبير على الفراش عبدا كان أو امة و قد صرّح بكونه عيبا جماعة بل فى الجواهر انّه المشهور و فى (- كرة-) انّه عيب عندنا و الأصل فى ذلك كونه مرضا و قد مرّ الإجماع على كون المرض عيبا مضافا الى قضاء العرف بكونه عيبا و لكن خالف فى ذلك الشيخ (- ره-) و القاضى قال فى (- ف-) إذا كان العبد يبول فى الفراش لا يثبت فيه الخيار سواء كان صغيرا أو كبيرا و قال الشّافعى يثبت الخيار فى الكبير دون الصّغير و قال أبو حنيفة يثبت فى الجارية دون العبد دليلنا ما قلناه من انّه لا دليل على انّ ذلك عيب يوجب الردّ انتهى و أقول أىّ دليل امتن من حكم العرف بكونه عيبا نعم ما افتى به أبو حنيفة من التّفرقة بين العبد و الأمة بناء على استحساناته فى غاية السّقوط كسقوط ما عن بعض الشّافعيّة من تحديد الصّغر الغير المحدود معه البول على الفراش عيبا بسبع سنين بل المرجع فى ذلك العرف و لعلّ التحديد للكشف عنه لكنّه غير مطّرد كما لا يخفى و منها الزّنا و السّرقة و فى ذلك وجوه أحدها كون كلّ منهما عيبا (- مط-) صرّح به فى (- مع صد-) و هو قضيّة إطلاق محكى (- ير-) و الجامع و (- س-) و فى (- ط-) انّه إذا وجده سارقا كان له الخيار إجماعا انتهى ثانيها عدم كون ذلك عيبا و به صرّح فى (- ف-) بالنّسبة إلى الزّنا حيث قال إذا اشترى عبدا أو امة فوجدهما زانيين لم يكن له الخيار و قال الشّافعى له الخيار و قال أبو حنيفة فى الجارية له الخيار و فى العبد لا خيار له دليلنا ما قلناه فى المسئلة الأولى سواء انتهى و أراد بما قاله أصالة صحّة العقد و عدم الدّليل على ثبوت الخيار ثالثها التفصيل بين الاعتياد و عدمه بكونهما عيبين على الأوّل دون الثّانى و هو صريح (- عد-) و ربّما نسب فى (- كرة-) الوجه الأوّل إلينا و هو الّذى رجّحه فى (- مع صد-) حيث قال ظنى أنّ الاعتياد غير شرط لأنّ الإقدام على القبيح مرّة يوجب الجرية عليه و يصير للشيطان عليه سبيل و لترتّب وجوب الحدّ الّذى لا يؤمن معه الهلاك عليها و على هذا يكون شرب الخمر و النّبيذ عيبا كما فى (- ير-) و (- س-) و قد مال فى (- كرة-) الى عدمه انتهى و أقول انّ الضّابط المنصوص ساكت فى المقام فينحصر الأمر فى العرف و الظّاهر صدق العيب عرفا على اعتياد شىء من المحرّمات و امّا المرّة الواحدة فصدق العيب عليها مشكل و أصالة اللّزوم محكمة و قد يحمل إطلاق (- ف-) عدم كونه عيبا على صورة عدم الاعتياد و امّا ما قد يستأنس به لكون ارتكاب الكبيرة عيبا (- مط-) من انّه يقتل صاحبها فى الثالثة أو الرّابعة ففيه انّ القتل فى الثالثة أو الرّابعة لا يجعل المرّة الأولى عيبا بل يكون العيب فعله ثالثا أو رابعا مع معلوميّة وقوع الحدّ عليه و امّا بناء على عدم شرعيّة إجراء الحدود فى زمان الغيبة أو شرعيّته و القطع بعدم وقوعه فلا يكون عيبا فى المرّة الثالثة و الرّابعة (- أيضا-) ثمّ على القول الأوّل و الثالث لو حصلت التوبة الخالصة المعلوم صدقها ففى زوال الحكم بالخيار وجهان من زوال سببه و من استصحاب ثبوته و ربّما علّل الزّوال فى مفتاح الكرامة

ص: ۱۳۴

بأنّه إذا ثبتت التّوبة الصّادقة کما فرض انتفی الفسق و ثبتت العدالة الموجبة للإمامة و قبول الشهادة فأیّ عیب یبقی بعد ذلک و فیه نظر و ربّما فصّل کاشف الظلام بأنّه إن کانت التّوبة متحقّقة قبل العلم و لم یعلمها الّا بعده فالظّاهر انّه یزول معها الخیار و ان تحقّقت بعده فالظاهر بقاء الخیار و أنت خبیر بأنّه تفصیل بین محلّ النزاع و الخارج عن حریمه إذ فی صورة حصول التوبة قبل العلم لا سبب للخیار من رأس حتّی یصحّ دعوی زوال الخیار بالتوبة و الکلّ متّفقون (- ح-) علی عدم ثبوت الخیار فیکون مرجع التّفصیل الی اختیار بقاء الخیار کما لا یخفی و منها البخر و الذّفر و الصّنان اعنی النّتن أو رائحة الإبط و فی کون ذلک عیبا وجوه أحدها کونه عیبا (- مط-) و هو مقتضی إطلاق محکی الجامع و القاضی و الحلّی و العلّامة فی (- کرة-) و (- یر-) و الشهید (- ره-) فی محکی (- س-) و غیرهم ثانیها کونه عیبا إذا لم یکن قابلا للعلاج و هو صریح (- عد-) ثالثها کونه عیبا فی الجاریة دون العبد لکن یثبت به الخیار فیه لانّه خارج عن الأمر الطبیعی کالعیب و هو خیرة العلّامة فی (- لف-) رابعها نفی کون ذلک عیبا و هو المحکی عن (- ف-) و (- ط-) و قد یقال انّ عموم ما دلّ علی انّ نقصان الوصف کالعین بالنّسبة إلی أصل الخلقة و الخروج عن الأمر الطبیعی یقوّی الوجه الأوّل و انّ إطلاق الشیخ (- ره-) عدم کونه عیبا مبنیّ علی ارادة النجر النّاشی من صفرة الأسنان الزائلة بالاستیاک و نحوه دون ما یکون عن خلل فی المعدة فإنّه عیب فی الأمة بلا ریب و فی العبد علی الظّاهر لکونه من الخروج عمّا یقتضیه أصل الطّبیعة و التقیید بعدم قبوله للعلاج لا وجه له لأنّ جملة من العیوب کالامراض و نحوها قابلة للعلاج و لم یقیّدوا کونها عیبا بعدم القبول للعلاج الّا ان یکون المراد بالقبول للعلاج الزوال بسرعة و سهولة لا ما یحتاج الی الدّواء و طول العناء و (- ح-) یکون البخر الغیر المعدود من العیوب العارض من وسخ الأسنان و تخیّل کون العارض الزائل بسرعة (- أیضا-) عیبا نظرا إلی انّه قد یسار العبد و یکلّمه فیؤذیه ساقط و الأولی إحالة ذلک کلّه الی العرف لانّه المرجع فی أمثال المقام و لاختلافه بالنّظر الی الموارد فقد یعدّون البخر العارض الزّائل فی مملوک عیبا و قد لا یعدّ الثابت فی أخر من العیوب و منها العسر و هو العمل بالیسار مع ضعف الیمنی عکس المعتاد و قد صرّح بکونه عیبا فی (- مع صد-) و محکی (- یر-) و (- س-) و استشکل فیه فی (- عد-) و توقّف فی (- کرة-) و الإیضاح من خروجه عن مجری الطبیعی فکان کخلوّ الرّکب عن الشّعر و من حصول المنافع المقصودة من الیمین و کون ذلک من الخروج عن مجری الطبیعی ممنوع فتحکّم أصالة اللّزوم الّا ان یحکم العرف بکونه عیبا فیتّبع و منها الحمق البیّن فقد قیل بکونه عیبا و هو غیر بعید للنّقص عن مجری الطّبیعی للغالب و منها الاستحاضة فقد قیل بکونها عیبا لکونها مرضا و فیه تأمّل و منها نجاسة ما یحتاج تطهیره الی مئونة أو منقصا للعین فقد عدّ ذلک من العیوب و منها کثرة السّهو و النسیان للخروج عن مجری الطبیعی و منها الشّلل و الخرس و البکم و فقد احد الحواس و کونه ذا قروح أو أثالیل أو بهق أو کونه أبیض الشّعر فی غیر أوانه و نحو ذلک لکون جملة منها خروجا عن المجری الطبیعی و جملة أخری من المرض

قوله طاب ثراه قال فی (- کرة-) انّ الکفر لیس عیب (- اه-)

قد صرّح بعدم کونه عیبا فی (- ط-) و (- عد-) و محکی الجامع و (- یر-) و موضع من المهذّب (- أیضا-) بل فی (- لف-) انّه المشهور للأصل بعد عدم خروجه بذلک عن الطبیعة الأصلیّة و خالف فی ذلک الإسکافی فحکم فیما حکی عنه بکونه عیبا و هو المحکی عن الشّیخ (- ره-) و موضع أخر من المهذّب و عن الشهید (- ره-) فی (- س-) و الحواشی تقویة ذلک و فی (- لف-) انّه غیر بعید عن الصّواب لانّه نقص فی التصرّف إذ لا یتمکّن من عتقه و لا وطئه و لا تزویجه بالمسلمة و استشکل فی ذلک فی (- مع صد-) من انّه لیس خارجا عن مجری الطبیعی و من انّ قوله علیه السّلام کلّ مولود فإنّه یولد علی الفطرة یدلّ علی خروجه عنه و فیه منع دلالة قوله علیه السّلام علی کون مجری الطبیعة الإسلام ثمّ انّ محلّ النّزاع انّما هو الکفر الّذی یقرّ اهله علیه فمثل الارتداد الموجب لهدر الدّم عیب قطعا لکونه فی معرض التّلف و کذا محلّ البحث ما إذا لم یشترط الإسلام و الّا ثبت بتخلّفه الخیار دون الأرش لاختصاصه بالعیب و مثل الاشتراط ما إذا اقتضاه إطلاق العقد و لعلّه الی ذلک ینظر تقویة الماتن (- ره-) کونه موجبا للرّدّ فی

غير المجلوب مع تصريحه بعدم كونه عيبا و عدم ثبوت الأرش

قوله طاب ثراه و ذكر فی (- كرة-) انّ الصّيام و الإحرام (- اه-)

قد صرّح بذلك فی (- عد-) و (- س-) و (- ير-) (- أيضا-) لفقد الضّابط و قد خالف فی ذلك الشهيد (- ره-) فی محكی الحواشی فعدّها من العيوب و لعلّه التخيّل كونها كحمى اليوم و فصّل فی موضع أخر من (- كرة-) بأنّ الأمة لو ظهرت معتدّة فإن كان زمان العدّة قصيرا جدّا فلا خيار له لانّه لا يعدّ عيبا و لا ينقص الماليّة و لا الانتفاع به و إن كان طويلا احتمل ثبوت الخيار لتفويته منفعة البضع بهذه المدّة فكان كالمبيع لو ظهر مستأجرا و قال ان استعقب فسخ التزويج عدّة كان التّزويج و الّا فلا انتهی

قوله طاب ثراه أو ولد زناء (- اه-)

قد عدّ كون المملوك ولد زناء من العيوب فی (- س-) و احتمل فی محكی الحواشی كونه عيبا فی الجارية لحصول النّقص فی نسب الولد و تطرّق ضعف فی اعتقاده لما ورد من ان ولد الزنا لا ينجب و انّه لا بطهر إلی سبعة أبطن و ضعّفه الكركی بانّ المقصود من الجارية الماليّة لا الاستيلاد و ليس هذا بخارج عن مجری الطبيعی

قوله طاب ثراه أو زهيدا

قال فی المصباح المنير زهد فی الشيء و زهد عنه (- أيضا-) زهدا و زهادة بمعنی تركه و اعرض عنه فهو زاهد و الجمع زهّاد و يقال للمبالغة زهيد بكسر الزاء و تثقيل الهاء الی هنا فلتحتم هذا المجلّد حامدا مصلّيا و قد انتهی الحال بی إلی هنا فی الثّلث الأخير من ليلة السّبت التاسع و العشرين من شهر شعبان المعظّم من شهور سنة ألف و ثلثمائة و ثلث و عشرين مع ضيق الحال و تشتّت البال و اختلال الخيال بسبب عوارض الدّهر الخوّان الّتی أعظمها فقد الأبوين قدّس سرّهما و كثرة الدّين فمن وجد فيه خللا فليصلحه قربة الی اللّه تعالی و ليعذرنی لأنی كنت و الحمد للّه تعالی علی كلّ حال لو كان غيری عليها لملّ و عجز عن تحرير صفحة واحدة و الحمد للّه تعالی علی كلّ حال و الصّلوة و السّلام علی النبی و الآل و يأتی إنشاء اللّه (- تعالی-) الكلام فی المجلّد اللّاحق فی الأرش مستعينا من خالق العرش و الحمد للّه ربّ العالمين و الصّلوة و السّلام علی محمّد و إله الطيّبين الطّاهرين

ص: ۱۳۵

[فی الأرش و تعریفه]

اشارهٔ

القول فی الأرش

بسم اللّه الرّحمن الرّحیم و به نستعین الحمد للّه علی جزیل نعمه و الصّلوهٔ و السّلام علی أشرف رسله محمّد و إله المشتقّین من نوره سیّما ابن عمّه و صهره و خلیفته و الرّحمهٔ و الرّضوان علی فقهائنا و رواه أحادیثنا و مشایخنا الحافظین لشرعه و طریقته و بعد فیقول العبد المفتقر إلی رحمهٔ اللّه الغنی عبد اللّه المامقانی عفی عنه ربّه ابن الشیخ (- قدّه-) انّ هذا هو المجلد الثانی من تعلیقنا علی خیارات الشیخ المحقّق الأنصاری قدس اللّه نفسه الزکیّهٔ المسمّی بنهایهٔ المقال فی تکملهٔ غایهٔ الآمال وفّقنا اللّه تعالی لإتمامه و نفعنا به و سائر إخواننا المؤمنین إنّه لطیف بعباده قادر علی إنفاذ مراده

قال الشیخ الإمام الماتن أنار اللّه تعالی برهانه و أعلی فی الرّوضات مقرّه و مقامه القول فی الأرش و هو لغهٔ کما فی الصّحاح و عن المصباح و (- یهٔ-) (- اه-)

قال فی الصّحاح الأرش دیهٔ الجراحات انتهی و قال فی المصباح المنیر أرش الجراحهٔ دیتها و الجمع أروش مثل فلس و فلوس و أصله الفساد یقال أرّشت بین القوم إذا أفسدت ثمَّ استعمل فی نقصان الأعیان لأنّه فساد فیها انتهی و قال فی النّهایهٔ الأثیریّهٔ قد تکرّر فیه ای فی الحدیث ذکر الأرش المشروع فی الحکومات و هو الّذی یأخذه المشتری من البائع إذا اطّلع علی عیب فی المبیع و أروش الجنایات و الجراحات من ذلک لأنّهما جابرهٔ لهما عمّا حصل فیها من النّقص انتهی و أقول انّ ظاهر عبارهٔ الصّحاح انّ الأرش حقیقهٔ فی دیهٔ الجراحات و لازمه کونه مجازا فی غیرها و ظاهر عبارهٔ المصباح کونه حقیقهٔ فی الفساد و انّ دیهٔ الجراحات و تفاوت ما بین القیمتین و نحوهما من مصادیقه فیکون من الاشتراک و ظاهر عبارهٔ (- یهٔ-) عکس عبارهٔ الصّحاح اعنی کونه حقیقهٔ فی أرش العین مجازا فی أرش الجراحات و الجنایات أو مشترکا بینهما فکلماتهم هنا مضطربهٔ

قوله طاب ثراه و عن القاموس انّه الدّیهٔ (- اه-)

قال فی تاج العروس مازجا بالقاموس ما لفظه الأرش الدّیهٔ أی دیهٔ الجراحات سمّی أرشا لأنّه من أسباب النّزاع و قیل انّ أصله الهرش نقله ابن فارس الی ان قال و قال أبو منصور أصل الأرش الخدش ثمَّ یقال لما یؤخذ دیهٔ لها أرش و أهل الحجاز یسمّونه النّذر الی ان قال و الأرش طلب الأرش و قد أرش الرّجل کعنی طالب بأرش الجراحهٔ قال الصّاغانی و عن ابی نهشل الأرش الرّشوهٔ رواه عنه شمر و لم یعرفه فی أرش الجراحات و قد تکرّر ذکر الأرش المشروع فی الحکومات و هو ما نقص العیب من الثّوب سمّی بذلک لانّه سبب للأرش و الخصومهٔ و النّزاع یقال بینهما أرش ای اختلاف و خصومهٔ و قال القتیبی الأرش ما یدفع بین السّلامهٔ و العیب فی السّلعهٔ لأنّ المبتاع للثوب علی انّه صحیح إذا وقف فیه علی خرق أو عیب وقع بینه و بین البائع أرش ای خصومهٔ و اختلاف و هو من الأرش بمعنی الإغراء تقول أرّشت بین الرجلین إذا أغریت أحدهما بالآخر و أوقعت بینهما الشرّ فسمّی ما نقص من الثوب أرشا إذا کان سببا للأرش و الأرش الإعطاء و قد أرشه أرشا أعطاه أرش الجراحهٔ انتهی فتدبّر جیّدا

قوله طاب ثراه منها ما نحن فیه (- اه-)

أراد (- ره-) بما نحن فیه ما صدر من الفقهاء (- رض-) فی تفسیر اللّفظ قال فی (- عد-) الأرش جزء من الثمن نسبته إلیه کنسبهٔ نقص قیمهٔ المبیع عن الصّحیح انتهی و قال فی مفتاح الکرامهٔ انّه قصد بذلک الردّ علی بعض الجمهور حیث قالوا هو نقص قیمهٔ المعیب و قد یظهر ذلک من علیّ بن بابویه و الصّدوق فورد علیهم انّه لو کان (- کک-) لزم أخذ الثمن و المثمن و قد نهی عنه النبی

صلّى اللّه عليه و آله بقوله لا يجمع بين العوض و المعوّض لواحد انتهى ثمّ انّه قد صرّح جمع كثير من الأصحاب بأنّ طريق معرفة الأرش و أخذه ان يقوم المبيع صحيحا تارة و معيبا اخرى و ينظر فى نسبة النقيصة من القيمة و يأخذ من الثمن بتلك النّسبة فلو اشتراه بمائة ثمّ ظهر معيبا و قوّم صحيحا بثمانين و معيبا بأربعين أخذ البائع نصف الثمن و هو خمسون لانّ نسبة الأربعين إلى الثّمانين على النّصف و لو اشتراه بخمسين و قوّم صحيحا بمائة و معيبا بخمسين استردّ من الثمن بنسبة الخمسين إلى المائة و هو النّصف فيؤخذ فى المثال خمس و عشرون لا الخمسون و الوجه فى ذلك ظاهر ضرورة انّ الّذى فات عليه بسبب العيب انّما هو نسبة ما بين القيمتين من الثمن و لكن ربّما يظهر من جملة من عبائر القدماء (- قدهم-) انّ المأخوذ تفاوت ما بين القيمتين (- مط-) من دون نسبة الى الثمن قال فى المقنعة يقوّم الشيء صحيحا و يقوّم معيبا و يرجع الى البائع بقدر ما بين الثمنين انتهى و نحوه ما فى (- يه-) و ما حكى عن والد الصّدوق (- ره-) و لعلّه الى ردّ هؤلاء أورد الجمهور الموافقين لهم فى ذلك أشار الحلّى (- ره-) بقوله فى (- ئر-) هذا ممّا يغلط فيه بعض الفقهاء فيوجبون الأرش بين القيمتين و العجب من الشيخ (- ره-) انّه مع توضيحه الحال فى (- ط-) و بيان فساد هذا القول كيف اختار فى (- يه-) ذلك قال فى (- ط-) و طريق ذلك يعنى الأرش ان تقوّم الجارية صحيحة فإذا كانت تساوى ألفا ثمّ قوّمت معيبة فاذا قيل تسعمائة فقد علمنا انّه نقص عشر قيمتها فيرجع بعشر ثمنها و انّما قلنا يرجع بما نقص من الثّمن دون القيمة لأنّه لو رجع بما نقص من القيمة لأدّى الى ان يجتمع للمشترى الثمن و المثمن جميعا و هو إذا اشترى من رجل جارية تساوى ألفى درهم بألف درهم و وجد بها عيبا نقص نصف قيمتها و هو ألف درهم و حدث عنده عيب أخر يمنع من ردّها فإنّه لو رجع بما نقص من العيب من القيمة لوجب ان يرجع بنصف الألفين درهم فيحصل عنده الثمن و هو ألف درهم و المثمن هذا لا يجوز و يخالف ذلك إذا غصب جارية فاقتضها فإنّه يلزمه ما نقص من قيمتها إجماعا لأنّه لا يؤدّى الى اجتماع البدل و المبدل انتهى و لا يخفى عليك انّ ما ذكره دليلا انّما هو صغرى الدّليل و امّا الكبرى فمطويّة لغاية وضوحها و هى انّ الجمع بين الثمن و المثمن غير مشروع و كيف كان فما فى (- يه-) فاسد لما ذكر و لعلّ الّذى دعاه الى ذلك متابعة ظاهر جملة من الأخبار مثل قوله عليه السّلام فى خبر طلحة بن زيد المتقدّم فى مسئلة العلم بعيب الأمة المشتراة بعد وطيها تقوم و هى صحيحة و تقوم و بها الدّاء ثمّ يردّ البائع على المبتاع فضّل ما بين الصّحة و الداء و قوله عليه السّلام فى صحيح منصور و لكن يردّ عليه بقدر ما نقصها العيب و قوله عليه السّلام فى صحيحة محمّد بن مسلم المزبورة هناك و لكن تقوم ما بين العيب و الصّحة فيردّ و قوله عليه السّلام فى خبر عبد الرّحمن المتقدّم هناك و ردّ البائع عليه قيمة العيب و قوله عليه السّلام فى خبر محمّد بن ميسر المتقدّم هناك و لكن يرجع بقيمة العيب و قوله عليه السّلام فى خبر النّخاس المذكور هناك و (- لك-) ان تأخذ قيمة ما بين الصّحة و العيب و لكنّك خبير بأنّ الحقّ ما قلناه لما مرّ و (- ح-) فهذه الأخبار مع عدم صراحتها فى المخالفة امّا ان تنزل كعبائر الجماعة المتقدّم ذكرهم على الغالب من شراء الشّيء بقيمته ليكون التفاوت بين قيمة الصّحة و قيمة العيب مساويا لما نسبة الى الثمن كنسبة قيمة الصّحيح الى المعيب و امّا ان يوجّه الأخبار بكون المراد بردّ فضل ما بين الصّحة و الدّاء ردّ ما نسبة الى الثمن كنسبة قيمة الصّحيح إلى قيمة المعيب بقرينة أخبار أخر صراح فى كون الأرش جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة نقص قيمة المعيب عن الصحيح

دون تفاوت ما بين القيمتين (- مط-) و ذلك مثل قوله عليه السّلام فى صحيحة عبد اللّه بن سنان المتقدّم فى الموضع المشار اليه و يوضع عنه من ثمنها بقدر عيب و قوله عليه السّلام

ص: ۱۳۶

فی صحیحة زرارة المزبورة هناک و کان یضع له من ثمنها بقدر عیبها لکن الإنصاف عدم صراحة هذین الخبرین و ما ضاهاهما (- أیضا-) فالحمل علی الغالب من مساواة الثمن للقیمة الیومیّة للمبیع اولی کما نبّه علیه الماتن (- ره-)

[فی أن الضمان بعین بعض الثمن أو بمقدار منه]

قوله طاب ثراه نعم یشکل الأمر فی المقام من جهة أخری (- اه-)

یمکن الجواب عن هذا الإشکال بوجه أخر و هو انّ ضمان المعاوضة و إن کان یقتضی انفساخ المعاوضة بالنّسبة إلی الفائت المضمون فی مقابله الّا انّ الدّلیل الدّال علی الصّحة اخرج الفرض عن تحت القاعدة

قوله طاب ثراه مع انّ ظاهر جماعة عدم تعیّنه منه (- اه-)

قد صرّح جمع بعدم کون الأرش جزء من الثمن و المثمن و لذا لو نذر بیع شیء لم یف بإعطائه أرشا و لا یجری علیه حکم العرف من اشتراط التقابض فی المجلس و نحو ذلک

قوله طاب ثراه لأصالة عدم تسلّط المشتری (- اه-)

لا یخفی علیک حکومة استصحاب السّلطنة بالتّقریر الآتی علی أصالة عدم تسلّط المشتری علی شیء من الثمن

قوله طاب ثراه مضافا الی إطلاق قوله علیه السّلام فی روایتی حمّاد (- اه-)

فیه انّ الإطلاق قد سبق لبیان حکم أخر و هو مجرّد إثبات الأرش و لا تعرّض فیه لما نحن فیه بوجه

قوله طاب ثراه عدی ما یتراءی من ظاهر التعبیر (- اه-)

ربّما یخطر بالبال وجه أخر لوجوب کون التّدارک بجزء من عین الثمن بوجه أخر هو انّ ظهور العیب کاشف عن عدم لزوم البیع بالنّسبة الی ذلک الجزء من الثمن بل هو متزلزل فان اختار الفسخ عاد الیه جمیع الثمن و ان اختار الإمضاء و طالبه بالأرش عاد الیه الجزء من الثّمن فکما انّه لو اختار الردّ کان له مطالبة البائع بعین الثمن إن کان باقیا لاستصحاب بقاء سلطنته علیه فی الجملة فکذا لو اختار الإمضاء و مطالبته بالأرش له مطالبة البائع بعین الجزء من الثمن للاستصحاب فتأمّل

قوله طاب ثراه و استظهر المحقّق الثانی (- اه-)

قال فی (- مع صد-) فی شرح قول العلّامة (- ره-) فی (- عد-) و لو اختلف الجنسان فله الأرش ما داما فی المجلس فان فارقاه فإن أخذ الأرش من جنس السّلیم بطل فیه و ان کان مخالفا صحّ انتهی ما لفظه مقتضی الحکم الواقع فی عبارة (- المصنف-) (- ره-) هنا أمور الی ان قال الثّانی انّه لا یتعیّن کونه من جنسها لظاهر قوله و إن کان مخالفا و قد صرّح فی (- یر-) بذلک ثمّ قال و یشکل بانّ الحقوق المالیّة انّما یرجع فیها الی النّقدین فکیف الحقّ الواجب باعتبار نقصان فی أحدهما انتهی

قوله طاب ثراه و یمکن دفع هذا الإشکال (- اه-)

یمکن المناقشة فی هذا الدّفع بأنّه لو کان مثل ما ذکره من التّوجیه مخرجا للحقّ عن کونه مالیّا للزم عدم وجود حقّ مالی أصلا إذ ما من حقّ مالیّ الّا و یمکن تکلّف مثل ما ذکره فیه

قوله طاب ثراه و علی الثانی فینبغی بطلان البیع (- اه-)

الوجه فی ذلک ظاهر ضرورة انّ العوض قد أخذ فی موضوع المعاوضة فالجمع بین الثمن و المثمن ینافیه فتأمّل جیّدا فإنّه دقیق نافع

[فی أن معرفة کیفیة الأرش بمعرفة قیمتی الصحیح و المعیب]

قوله طاب ثراه یعرف الأرش بمعرفة قیمتی الصّحیح و المعیب (- اه-)

اعلم انهم قد ذکروا فیما هو المدار من وقت تقویم الصّحیح و المعیب وجوها أحدها انّ المدار علی القیمة حال العقد اختاره الشهیدان (- رهما-) فی (- لک-) و محکی الحواشی و المحقّق الثّانی و الفاضل الورع الأردبیلی (- ره-) و غیرهم نظرا الی انّ الثمن یومئذ قابل للمبیع و هو وقت دخوله فی ملکه و وقت استحقاقه الأرش ثانیها اعتبار قیمته حین القبض و هو الّذی حکاه فی محکی (- یر-) عن الشیخ (- ره-) نظرا إلی انّه یوم دخول المبیع فی ضمانه و حین استقرار الملک إذ المبیع فی معرض الانفساخ لو حصل التّلف و یضعّف بانّ ذلک لا دخل له فی اعتبار القیمة (- ح-) مع کون استحقاق الأرش قبله و بعبارة و ضحی وقت القبض انّما یصحّ اعتباره ان لو کان الضمان حاصلا بسبب مقارن للقبض و ما نحن فیه لیس (- ککک-) ضرورة حصول الضّمان للأرش بنفس العقد فی الواقع کما لا ـ یخفی ثالثها اعتبار أقلّ الأمرین من قیمة یوم العقد و یوم القبض حکاه فی (- لک-) عن الشیخ (- ره-) و هو خیرة أکثر الشّافعیّة کما قیل و ربّما غری فی مفتاح الکرامة إلی فخر الدّین (- ره-) فی الإیضاح المیل الیه و عبارة الإیضاح لا یساعد ذلک و علّل هذا الوجه فی الإیضاح بأنّه المتیقّن و توضیحه ما فی (- مع صد-) و غیره من انّ القیمة إن کانت یوم البیع أقلّ فالزّیادة حدثت فی ملک المشتری و لانّ یوم البیع وقت الاستحقاق و إن کان یوم القبض أقلّ فالنّقص من ضمان البائع لأنّه وقت الاستقرار و یضعف بأنّ القلّة لا دخل لها إذ المدار علی وقت اشتغال الذمّة بالأرش و لا ریب فی انّه فی أوّل انات الدّخول فی ملک البائع رابعها کون المدار علی القیمة حال استحقاق الأرش باختیاره أو بحصول المانع من الردّ احتمله فی الجواهر و جعله اولی من الاحتمالین السّابقین نظرا الی انّ ذلک الوقت هو وقت استحقاق الأرش إذ قبله کان البائع مخیّرا بین الردّ و الأرش فهو غیر مستحقّ علی التعیین و لذا لا تشتغل به ذمّة البائع بخصوصه الّا مع أحد الأمرین و یضعّف بأنّه لا ـ منافاة بین ان یکون ذلک (- ح-) وقت الاستحقاق و کون المستحقّ هو الأرش فی زمن البیع أو غیره و عدم استحقاقه للأرش علی التعیین قبل اختیاره له لا یقتضی ما ذکره بعد کشف اختیاره للأرش عن استحقاقه له من حین العقد فتأمّل خامسها ما احتمله بعض مشایخ العصر (- قدّه-) من اعتبار الأقلّ من زمان البیع الی زمن الاستحقاق لخصوص الأرش لأصالة البراءة من الزّائد علیه کما هو الشأن فی نظائره و لاستصحاب ملکه الثابت بالعقد بناء علی انّه جزء من الثمن مع أصالة عدم تسلّط المشتری علی انتزاع ما زاد علیه منه و لا علی مطالبته البائع بذلک الی غیر ذلک من الأصول السّالمة عن المعارض سادسها اعتبار الأکثر من حین البیع الی حال الاستحقاق احتمله (- أیضا-) بعض مشایخ العصر (- قدّه-) نظرا الی عدم العلم بتدارک العیب المضمون الّا بذلک و فیه نظر فتأمّل جیّدا فرعان الأوّل انّ ما ذکر من اعتبار وقت العقد انّما هو حیث تکون القیمة وقت العقد مضبوطة معروفة و امّا إذا لم تعلم القیمة فإن علم مغایرتها لوقت النزاع لم یمکن الّا الصّلح و الّا فقد رجّح الحکم بالمساواة فیهما أخذا بأصالة عدم تغیّر الحال (- فت-) الثّانی انه لو کان العیب الّذی یراد استعلام أرشه حادثا فی زمن الخیار مثلا بناء علی استحقاق الأرش فالمتّجه کما فی الجواهر ملاحظة القیمة حین حدوثه أو حال تعیّن استحقاقه بالاختیار أو التصرّف مثلا و أقول الحال هنا هی الحال فی العیب السّابق لاتحاد المناط فی المقامین غایة ما هناک ابدال یوم البیع بیوم حدوثه و ابدال یوم القبض بیوم انقضاء الخیار فلا تذهل

قوله طاب ثراه و ان احتمل فی غیر الأوّل الاکتفاء بالواحدة (- اه-)

هذا الاحتمال قویّ إذا أورث قول الواحد الوثوق و الاطمئنان لا لما ذکره من لزوم الجرح للمنع من الشخصی منه و عدم اعتبار النّوعی و لا ـ لاعتبار الظنّ فی مثل ذلک لعدم الدّلیل علی اعتباره بل لعموم ما دلّ علی قبول قول العادل خرج منه ما کان من قبیل الشهادة و بقی الباقی بل لنا نفی اعتبار العدالة (- أیضا-) و الاکتفاء بالوثوق من کلام غیر العادل ضرورة دوران أفعال العقلاء فی أمور معاشهم مدار الوثوق و الاطمئنان مضافا الی الأصل بعد عموم ما دلّ علی اعتبار قول المقوم و الممیّز و نحوهما

قوله طاب ثراه ففی کفایة الظنّ أو الأخذ بالأقلّ وجهان (- اه-)

(۱۱) أظهرهما الثانی لأنّ الأصل برأیه ذمّة البائع عمّا زاد عن القدر المتیقّن فانّ العلم

ص: ۱۳۷

بالبراءة انّما هو یعتبر بمقدار العلم بالشغل و اشتغال ذمّة البائع بما زاد عن الأقلّ غیر معلوم فتدبّر

قوله طاب ثراه مسئلة لو تعارض المقوّمون (- اه-)

قد کنت سابقا عند مذاکرتی متن الکتاب رأیت انّ کلامه (- قدّه-) فی اختلاف المقوّمین و تصویر الأرش غیر خال من الغموض و لتوقّفه علی المحاسبة یصعب افهام المبتدی کما هو حقّه فی مجلس المباحثة و انّ ما یفهمه الیوم قد ینساه الی الغد و یعید السّؤال فخطر فی البال القاصر ان اشرح عبارته شرح المزج و أضیف إلیه ما ینبغی إضافته تسهیلا للمبتدئین و تیسیرا للمدرّسین و المباحثین و إذ قد آل الأمر فی هذا التعلیق بی إلی هنا رأیت ان أغیّر أسلوب الکلام و اصرف النّظر إلی أخر المسئلة من التّعلیق و أدرج هنا الشرح المزبور ففعلت متوکّلا علی اللّه تعالی قال الماتن (- ره-)

[فی تعارض المقومین و طریق تحصیل التفاوت بین القیمتین]

مسئلة لو تعارض المقوّمون

فی قیمة المتاع المبیع المنکشف عیبه الّذی اختاره المشتری إمضاء العقد الواقع علیه مع الأرش فهناک احتمالات أحدها ما صدر احتماله من جمع و الیه مع مستنده أشار الماتن (- ره-) بقوله

فیحتمل تقدیم بیّنة الأقلّ للأصل

أی أصالة برأیه ذمّة البائع عمّا زاد علی الأقل و أصالة عدم استحقاق المشتری ما زاد علی ذلک فانّ البیع وقع صحیحا و المتیقّن انّما هو اشتغال ذمّة البائع بأرش العیب فی الجملة فلیس علیه الّا ما علم اشتغاله به و هو الأقلّ و الأصل برأیه ذمّته عمّا زاد علی ذلک و عدم استحقاق المشتری للزائد و من ذلک ظهر سقوط توهّم انّ ذمّة البائع قد اشتغلت بالأرش یقینا و الیقین بالاشتغال یستدعی الیقین بالبراءة وجه السّقوط انّ المعتبر انّما هو الیقین بالبراءة عن القدر الّذی تعیّن الاشتغال به و الاشتغال بما زاد عن الأقلّ غیر متیقّن کی یعتبر الیقین بالفراغ منه کما لا یخفی علی المتأمّل و ثانیها تقدیم

بیّنة الأکثر لأنّها مثبتة للزّیادة

و فیه انّ بیّنة الإثبات إنّما تقدّم حیث کانت بیّنة النّفی ساکتة عن الزّیادة و امّا إذا کانت نافیة لها کما فی الفرض فکلّا فالأولی تعلیله باستصحاب ضمان الأرش ما لم یدفع الأکثر فإنّ الاستصحاب حاکم علی أصالة البراءة المستدلّ بها لتقدیم الأقلّ فتأمّل و ثالثها الرجوع الی

القرعة لأنّها لکلّ أمر مشتبه

ظاهرا معلوم واقعا و الحال هنا علی هذا المنوال و نوقش فی ذلک بما ستسمع من (- المصنف-) (- ره-) من حکومة قاعدة الجمع علی قاعدة القرعة و فیه ما ستسمع إنشاء اللّه تعالی و رابعها

الرّجوع الی الصّلح لتشبّث کلّ من المتبایعین بحجّة شرعیة ظاهریّة و المورد غیر قابل للحلف لجهل کلّ منهما

ای کلّ من المتبایعین اللّذین اختار کلّ منهما قول احد المقوّمین

بالواقع

فیتعیّن الصّلح لا- یقال لا- معنی لما ارتکبته من إرجاع ضمیر التثنیة إلی المتبایعین لاستلزامه عدم انطباق الکلام علی العنوان لانّ الاختلاف انّما هو بین المقوّمین لا بین البائع و المشتری لأنّا نقول انّ استلزامه لعدم الانطباق ممنوع ضرورة انّه عند اختلاف المقوّمین لما کان البائع یختار بمقتضی الطّبع الأقل و المشتری الأکثر فیختلفان فلذا عاد الضّمیر إلیهما مع انّا لو أرجعنا الضّمیر الی البیّنتین لم یصحّ تعلیل کون المورد غیر قابل للحلف بجهل کلّ منهما بالواقع بل کان اللّازم تعلیله بأنّ البیّنة لا تکلّف بالحلف و لیست تلک من

وظیفتها فحیث علّل بعدم القابلیّة للحلف علم عود الضّمیر الی المتبایعین و کیف کان فیردّ هذا الوجه اعنی تعیّن الصّلح انّه لا مقتضی للصّلح بعد تعیّن قول مدّعی الأقلّ للأصل أو لزوم الجمع مضافا الی انّ عدم إمکان الحلف (- مط-) ممنوع انّه قد یکون المتداعیان من أهل الخبرة فیدّعیان العلم بکون القیمة ما ذکره بیّنة و خامسها التّساقط و الرّجوع الی الأصل امّا لکونه مقتضی القاعدة عند تعارض الدّلیلین أو الأمارتین و امّا لقصور دلیل حجّیة البیّنة عن صورة شمول التعارض و سادسها

تخیّر الحاکم لامتناع الجمع و فقد المرجّح

و فیه انّ الجمع ممکن و هو الوجه السّابع فی المسئلة و قد نبّه علیه (- المصنف-) (- ره-) بقوله

و لکن الأقوی من الکلّ ما علیه

الشیخ المفید (- ره-) فی المقنعة و المحقّق فی (- یع-) و (- فع-) و العلّامة فی المختلف و محکی سائر کتبه و الشهیدان و المحقّق الثّانی و غیرهم بل نسب إلی الأصحاب تارة و الی

المعظم

اخری

من وجوب الجمع بینهما

(۱۱) ای بین البیّنتین

بقدر الإمکان

(۱۲) لأنّه عمل بالجمیع فی الجملة و لا ظلم فیه علی أحدهما بل هو عدل بینهما إذ لا ترجیح لأحدهما علی الأخر و لانّ کلّا منهما حجّة شرعیّة یلزم العمل بها فاذا تعذّر العمل به فی تمام مضمونه وجب العمل به فی بعضه

(۱۳) و کون حقّ التعبیر تأنیث الضّمیرین المجرورین بالباء و الضّمیر المضاف الیه کلمة المضمون و الضّمیر المضاف الیه کلمة البعض و کیف کان

فاذا قوّمه أحدهما بعشرة فقد قوّم کلّا من نصفه المشاع بخمسة و إذا قوّمه الأخر بثمانیة فقد قوّم کلّا من نصفه المشاع بأربعة فیعمل بکلّ منهما فی نصف المبیع و قولاهما و إن کانا متعارضین فی النّصف (- أیضا-) کالکلّ فیلزم بما ذکر

(۱۴) من الجمع

طرح کلا القولین فی النّصفین

(۱۵) جمیعا

الّا انّ طرح قول کلّ منهما فی النّصف مع العمل به فی النّصف الأخر أولی فی مقام أدلّة العمل بکلّ بیّنة من طرح کلتیهما أو إحداهما رأسا و هذا معنی قولهم انّ الجمع بین الدّلیلین و العمل بکلّ منهما و لو من وجه اولی من طرح أحدهما رأسا و لذا جعل

(۱۶) الشهید الثانی (- ره-)

فی تمهید القواعد من فروع هذه القاعدة الحکم بالتنصیف فیما لو تعارضت البیّنتان فی دار فی ید رجل یدّعیها کلّ منهما

(۱۷) حیث قال فی القاعدة الثامنة و التسعین انّه إذا تعارض دلیلان فالعمل بهما و لو من وجه اولی من إسقاط أحدهما بالکلیّة لأنّ الأصل فی کلّ واحد منهما الأعمال فیجمع بینهما بما أمکن لاستحالة الترجیح من غیر مرجّح و من فروع القاعدة ما إذا اوصی بعین الی ان قال و منها ما إذا قامت البیّنة بأنّ جمیع الدار لزید و قامت أخری بأنّ جمیعها لعمر و کانت فی یدهما أو لم یکن فی ید واحد منهما فإنّها تقسّم بینهما انتهی ما فی تمهید القواعد و إذا ثبت ذلک هناک کان ما نحن فیه (- ککک-)

بل ما نحن فیه أولی بمراعاة هذه القاعدة من الدّلیلین المتعارضین فی أحکام اللّه تعالی لأنّ الأخذ بأحدهما کلّیة و ترک الأخر (- ککک-) فی التکالیف الشرعیّة الإلهیّة لا ینقص عن التبعیض من حیث مراعاة حق اللّه سبحانه لرجوع الکل الی امتثال أمر اللّه سبحانه

بخلاف مقام التكليف بإحقاق حقوق النّاس و ان فی التبعيض مراعاة للجميع و لو فی الجملة و لعلّ هذا هو السرّ فی عدم تخيّر الحاكم عند تعارض أسباب حقوق الناس فی شیء من الموارد

(۱۸) هذا

و

(۱۹) لكن

قد يستشكل ما ذكرنا تارة بعدم التعارض بينهما عند التّحقيق لانّ مرجع بيّنة النّفی الی عدم وصول نظرها و حدسها إلی الزّيادة فبيّنة الإثبات المدعية للزيادة سليمة

(۲۰) عن المعارض

و اخری بأنّ الجمع فرع عدم اعتضاد احدی البيّنتين بمرجّح و أصالة البراءة هنا مرجّحة للبيّنة الحاكمة بالأقلّ

(۲۱) فيلزم تقديمها علی بيّنة الأكثر و لا وجه للجمع بين الراجح و المرجوح

و ثالثة بانّ فی الجمع مخالفة قطعيّة

(۲۲) لكلّ من البينتين فی نصف المال

و إن كان فيه موافقة قطعيّة

(۲۳) لكلّ منهما فی النّصف الأخر

لكن التخيير الّذی لا يكون فيه الّا مخالفة احتماليّة اولی منه

(۲۴) هذه هی وجوه الإشكال فی القول بالجمع بين البينتين

و يندفع

(۲۵) الوجه

الأوّل بأنّ المفروض انّ بيّنة النّفی تشهد بالقطع علی نفی الزّيادة واقعا و ان بذل الزائد فی مقابل المبيع سفه

(۲۶) فلا معنی لجعل البيّنة بيّنة النّفی من قبيل لا ادری بل هی من قبيل ادری العدم و (- ح -) فلا تكون بيّنة الإثبات للزّيادة سليمة بل مبتلاه بمعارضة بيّنة الأقلّ

و يندفع

(۲۷) الوجه

الثانی بما قرّرناه

(۲۸) فی مبحث التعادل و التراجيح من مباحث

الأصول من انّ الأصول الظاهريّة لا تصير مرجّحة للأدلّة الاجتهاديّة

(۲۹) لأنّ الأصول ناظرة

ص: ۱۳۸

إلی الظّاهر و الأدلّة الاجتهادیّة ناظرة إلی الواقع فلا سنخیّة بینهما حتّی یصحّ جعل أحدهما مرجّحا للآخر

بل

انّما

تصلح

الأصول

مرجعا فی المسئلة لو تساقط الدلیلان من جهة ارتفاع ما هو مناط الدّلالة فیهما لأجل التعارض کما فی الظاهرین المتعارضین کالعامّین من وجه المطابق أحدهما للأصل

حیث یرفع الید عنهما و یرجع الی الأصل لا انّه یرجّح أحدهما بالأصل

و ما نحن فیه لیس من هذا القبیل

من حیث انّ إمکان الجمع بینهما یحفظهما عن التساقط

و الحاصل ان بینة الزیادة تثبت امرا مخالفا للأصل و معارضتها بالأخری النّافیة لها لا توجب سقوطها بالمرّة لفقد المرجّح فیجمع بین النفی و الإثبات فی النّصفین و یندفع

الوجه

الثالث بانّ ترجیح الموافقة الاحتمالیّة الغیر المشتملة علی الموافقة القطعیّة المشتملة علیها انّما هو فی مقام الإطاعة و المعصیة الراجعتین الی الانقیاد و التجرّی حیث انّ ترک التجرّی أولی من تحصیل العلم بالانقیاد بخلاف مقام إحقاق حقوق النّاس فانّ مراعاة الجمیع اولی من إهمال أحدهما رأسا و ان اشتمل علی اعمال الأخر إذ لیس الحق فیهما لواحد کما فی حقوق اللّه سبحانه

ثمّ انّه لمّا کانت قاعدة القرعة ممیّزة للواقع معیّنة للحقّ الصّحیح من البیّنتین و کان لازم تعیّن الحقّ و تمیّز الواقع زوال موضوع الجمع من حیث حصول الموافقة المنزّلة بحکم ما نطق بکون القرعة لکلّ أمر مشکل منزلة الموافقة القطعیّة تصدّی الماتن (- قده-) لتوهین القرعة هنا و إتقان الجمع فقال

انّ قاعدة الجمع حاکمة علی دلیل القرعة

و سبقه فی هذه الدّعوی غیره و قد وقع الاحتجاج علی ذلک بوجهین أحدهما ما ذکره بعضهم من انّ الجمع لمّا کان عملا بالدّلیلین کان مقدّما علی العمل بالواقع لتقدّم ما هو قاعدة فی تشخیص الدّلیل علی ما هو قاعدة ظاهریّة فی تشخیص الحکم الشرعی الفرعی و فیه من الضعف ما لا یخفی فإنّه لا یعقل تقدّم الدّلیل علی الواقع فانّ الدّلیل انّما یتبع لکشفه عن الواقع فمع إمکان تحصیله لا یبقی للرّجوع الی الدّلیل وجه مضافا الی إمکان الإقراع بین البیّنتین لتعیین إحدیهما فیکون رجوعا الی ما یشخّص الدّلیل بخلاف الجمع فإنّه لیس تشخیصا للدّلیل بل هو قاعدة ظاهریّة فی مقام العمل ثانیهما ما ذکره الماتن (- ره-) بقوله

لأنّ المأمور به هو العمل بکلّ من الدّلیلین لا بالواقع المردّد بینهما إذ قد یکون کلاهما مخالفا للواقع

نعم لو کان انحصار الواقع فیهما ثابتا لکان للإقراع بینهما لتشخیص نفس الواقع المردّد بینهما وجه و إذ لیس فلیس

فهما

ای البیّنتین المتساویتین

سببان مؤثّران بحکم الشّارع فی حقوق الناس فیجب مراعاتها و اعمال أسبابها بقدر الإمکان علی النهج الّذی ذکرنا من التنصیف فی المبیع

و أنت خبیر بما فی هذا التعلیل من النّظر امّا أوّلا فلأنّه أخصّ من المدّعی لإمکان العلم بعدم خروج الواقع عنهما فیتعیّن (- ح-) القرعة

لتميّز الواقع و امّا ثانيا فلانّ ترجيح احد البيّنتين المتعارضتين بالقرعة ممّا استفاض به النّص عن أهل البيت عليهم السّلام و ان شئت روينا لک عدّة منها فمن تلک الجملة الحسن بمثنى الّذى رواه الكلينى (- ره-) عن علىّ بن إبراهيم عن أبيه عن مثنى الحنّاط عن زرارة عن أبى جعفر عليه السّلام قال قلت له رجل شهد له رجلان بانّ له عند رجل خمسين درهما و جاء اخران فشهدا بانّ له عنده مائة درهم كلّهم شهدوا فى موقف قال أقرع بينهم ثمّ استحلف الّذين أصابهم القرعة باللّه انّهم يشهدون بالحقّ و منها الصّحيح الّذى رواه هو (- ره-) بإسناده عن موسى بن القسم و على بن الحكم جميعا عن عبد الرحمن بن ابى عبد اللّه عن ابى عبد اللّه عليه السلم قال كان على عليه السّلام إذا أتاه رجلان يختصمان بشهودهم عددهم سواء و عدلهم سواء أقرع بينهم على أيّهما تصير اليمين و كان يقول اللّهمّ ربّ السّموات السّبع و ربّ الأرضين السّبع أيّهم كان له الحقّ فادّه اليه ثمّ يجعل الحقّ للذى يصير عليه اليمين إذا حلف و منها الصّحيح الّذى رواه الصّدوق (- ره-) بإسناده عن البزنطى عن داود بن سرحان عن أبى عبد اللّه عليه السّلام فى شاهدين شهدا على أمر واحد و جاء اخران فشهدا على غير الّذى شهدا الأوّلان و اختلفوا قال يقرع بينهم فأيّهم قرع عليه اليمين فهو اولى بالقضاء و منها ما رواه الكلينى (- ره-) عن علىّ بن إبراهيم عن أبيه عن ابن فضال عن داود بن ابى يزيد العطّار عن بعض رجاله عن أبى عبد اللّه عليه السّلام فى رجل كانت له امرأة فجاء رجل بشهود أن هذه الامرأة امرأة فلان و جاء اخران فشهدا أنّه أمرية فلان فاعتدل الشهود و عدلوا فقال يقرع بينهم فمن خرج سهمه فهو المحق و هو اولى بها و منها الصحيح الّذى رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن ابن ابى عمير عن حمّاد عن الحلبى قال سئل أبو عبد اللّه عليه السّلام عن رجلين شهدا على أمر و جاء اخران فشهدا على غير ذلک فاختلفوا قال يقرع بينهم فأيّهم قرع فعليه اليمين و هو اولى بالحقّ و منها الموثق الذى رواه هو (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن الحسن عن ذرعة عن سماعة قال ان رجلين اختصما الى علىّ عليه السّلام فى دابّة فزعم كلّ واحد منهما انها نتجت على مذوده و اقام كلّ منهما بيّنة سواء فى عدد فأقرع بينهما سهمين فعلّم السهمين كلّ واحد منهما بعلامة ثمّ قال اللّهمّ ربّ السموات السّبع و ربّ الأرضين السّبع و ربّ العرش العظيم عالم الغيب و الشهادة الرّحمن الرّحيم أيّهما كان صاحب الدّابة و هو اولى بها فاسئلک ان تقرع و يخرج سهمه فخرج سهم أحدهما فقضى له بها الى غير ذلک من الأخبار الكثيرة المثبتة للقرعة فى خصوص تقديم احدى البيّنتين بها عند تعارضهما و قد عمل بها ابن ابى عقيل و لم يثبت إعراض الأصحاب عنها اعراضا موهنا لها و قد قرّرنا فى المطارع انّ الأعراض موهن لا انّ عملهم شرط حتّى يناقش هنا بعدم تحقّق عملهم و إطلاقها بل عموم بعضها النّاشى من ترک الاستفصال يشمل صورة احتمال كون الواقع مخالفا لكلتا البيّنتين فسقط ما فى المتن من المناقشة فى القرعة باحتمال كون الواقع خارجا عنهما جميعا مع انّ جريان القرعة لا يختصّ بصورة وجود واقع يعلم مطابقة احد الطّرفين له فإنّها تجرى فيما لا واقع فيه أصلا فضلا عمّا إذا كان واقع يحتمل مخالفته لطرفى الشّبهة جميعا و ما تداوله فى (- الروضة-) و غيرها من انّ القرعة إنّما تجرى فيما إذا اشتبه ظاهرا و كان معلوما واقعا منظور فيه ضرورة ان من جملة الموارد الّتى أفتوا فيها بالقرعة تعيين حصّة كلّ من الشريكين بعد قسمة المال الّذى كان مشاعا بينهما مع انّ لازم الشّركة المشاعة عدم تعيين شيء من العين لأحدهما واقعا (- أيضا-) ثمّ ان تمسّكنا فى المقام ليس بعمومات القرعة حتّى يناقش فيها بوهنها من جهة كثرة ورود التخصيص عليها الموجب لذلک الوهن توقّف العمل بها على جابر من الأصحاب و نحوه و لم يحرز العمل هنا بل مستندها هى الأخبار المزبورة الخاصّة بتعارض البيّنتين فلا وجه لتركها و توهّم عدم جريان تلک الأخبار فى المقام من حيث كون موردها صورة إمكان اليمين بعد تعيين المرجع من البيّنتين و لا يمكن الحلف هنا لعدم علم الطرفين بالواقع مدفوع أوّلا بأنّ جملة من الأخبار و ان ذكر

فيها اليمين الّا انّ جملة أخرى مطلقة فنأخذ بالمطلقات و نؤيّدها بما ذكر فيه اليمين و ثانيا على فرض تسليم اختصاصها بصورة إمكان اليمين يمكن التمسّک بها فى صورة إمكان اليمين بسبب كون الطّرفين من أهل الخبرة و قطع كلّ منهما بصحّة ما ذكرته بيّنة و يتمّم فى صورة عدم إمكان اليمين بعدم القول بالفصل و بالجملة فلا عذر لنا فى ترک تلک الأخبار و إذ قد أخذنا بها و أحرزنا بها ما يلزم الأخذ به شرعا من البيّنتين لم يبق تعارض فلا يبقى للجمع موضوع هذا كلّه مضافا الى انّ ما ذكره من الجمع مستلزم لارتكاب ما هو

أبعد من الواقع فانّ احتمال المطابقة للواقع فی کلّ من البیّنتین أزید من احتماله فی ما ترکّب

ص: ۱۳۹

من الأخذ بقول كلّ منهما فى النّصف و توجيه الماتن (- ره-) للجمع بما مرّ مدفوع بأنّه و إن كان أخذا بكلّ منهما فى النّصف الّا انّه بعد التأمّل بالنّظر الى كون المجموع مبيعا واحدا طرح للبيّنتين جميعا فى المجموع

و بالجملة

فالقول بالترجيح بالقرعة متعيّن و اللّه العالم ثمَّ انّ الماتن (- ره-) لما اختار الجمع بينهما تصدّى لتوضيح الكلام فى طريق الجمع فقال

انّ المعروف

بين القائلين به من الأصحاب

فى

طريق

الجمع بين البيّنات

هو

الجمع بينهما فى قيمتى الصّحيح فيؤخذ من القيمتين

اللّتين ذكرهما المقوّمان من الطرفين

للصّحيح نصفهما

نائب عن فاعل يؤخذ

و

(- أيضا-) يؤخذ

من الثلث ثلثها و من الأربع ربعها و هكذا فى المعيب

أى يؤخذ من القيمتين المذكورتين للمعيب نصفهما و من القيم الثلث له ثلثها و من الأربع ربعها و هكذا

ثمَّ

بعد ذلك

يلاحظ النّسبة بين

نصف القيمتين للصّحيح

المأخوذ

(۱۱) قيمة

للصّحيح و بين

(۱۲) نصف القيمتين للمعيب

المأخوذ

(۱۳) قيمة

للمعيب و يؤخذ بتلك النّسبة فإذا كان إحدى قيمتى الصّحيح اثنى عشر و الأخرى ستّة و إحدى قيمتى المعيب أربعة و الأخرى اثنين

(۱۴) جمعت الاثنى عشر مع السّتّة فصارت ثمانية عشر و

أخذ للصّحيح

(۱۵) نصفها أعنى

التّسعة

(۱۶) و جمعت الأربعة و الاثنان فصارت ستّة

و

(۱۷) أخذ

للمعيب

(۱۸) نصفها اعنى

الثّلثة و

(۱۹) من البيّن انّ

التّفاوت

(۲۰) بين التّسعة و الثلاثة

بالثلثين فيكون الأرش ثلثى الثمن

(۲۱) و هذا الطريق هو الّذى افاده غير واحد و نوقش فيه بأنّه لا داعى إلى النّصف بل لو أخذ مجموع القيمتين من الطّرفين مع الاختلاف فيهما أو ضعف الطّرف الّذى اتّفق عليه المقوّمان بعد أخذ مجموع القيمتين من الطّرف المختلف فيه مع الاختلاف فى أحدهما و لوحظ النّسبة كفى ففى المثال يجمع الاثنى عشر و السّتة فتصير ثمانية عشر و يجمع الأربعة و الاثنان فتصير ستّة و تلاحظ النسبة بين السّتة و الثمانية عشر و التّفاوت بالثلثين فلا داعى إلى تنصيف القيمتين بعد الجمع من كلّ من الطّرفين لانّ نسبة الكلّ الى الكلّ عين نسبة النصف الى النّصف

و يحتمل الجمع

(۲۲) بين الصّحيح و المعيب

بطريق أخر و هو ان يرجع الى البيّنة فى مقدار التّفاوت

(۲۳) و ذلك بان تلاحظ النّسبة بين صحيح كلّ منها و معيبها فالتّفاوت بين الاثنى عشر و الأربعة بالثلثين و كذا بين السّتّة و الاثنين

و يجمع بين البيّنات فيه

(۲۴) اى فى التّفاوت

من غير ملاحظة القيّم

(۲۵) فيؤخذ من البائع ثلثا الثمن

و هذا الطريق الثانى منسوب الى الشهيد (- ره-) على ما فى (- الروضة-)

(۲۶) حيث قال فيها و قيل ينسب معيب كلّ قيمة إلى صحيحها و يجمع قدر النّسبة و يؤخذ من المجتمع بنسبتها و هذا الطريق منسوب الى المصنّف (- ره-) انتهى ما فى (- الروضة-) و عن إيضاح النافع اختيار ذلك قائلا انّه الحقّ و ان الأوّل ليس بجيّد انتهى

و حاصله

(۲۷) اى حاصل طريق الشهيد

قد يتّحد مع طريق المشهور كما فى المثال المذكور فان التفاوت بين الصحيح و المعيب على قول كلّ من البيّنتين بالثلثين كما ذكرنا فى الطريق الأوّل و قد يختلفان كما إذا كانت إحدى قيمتى الصّحيح اثنى عشر و الأخرى ثمانية و قيمة المعيب على

(۲۸) قول المقوّم

الأوّل عشرة و على

(٢٩) قول المقوم

الثّانى خمسة فعلى

(٣٠) الطريق

الأوّل

(٣١) المشهور تجمع قيمتا الصّحيح و هما اثنا عشر و ثمانية فتصير عشرين و تنصف و

يؤخذ نصف مجموع قيمتى الصّحيح

(٣٢) و

اعنى

(٣٣) بنصفهما

العشرة

(٣۴) و تجمع قيمتا المعيب و هما العشرة و الخمسة فتصير خمسة عشر و تنصف

و

(٣۵) يؤخذ

نصف قيمتى المعيب و هو

(٣۶) اى نصفهما

سبعة و نصف فالتّفاوت

(٣٧) بين العشرة و السّبعة و نصف

بالرّبع فالأرش

(٣٨) (- ح-) فالأرش

ربع الثمن

(٣٩) المسمّى

اعنى ثلثة من اثنى عشر لو فرض الثمن اثنى عشر و على

(۴٠) الطريق

الثانى

(۴١) و هو طريق الشهيد (- ره-)

يؤخذ التفاوت بين الصحيح و المعيب على احدى البينتين

(۴٢) أعنى البيّنة المقوّمة للصّحيح باثنى عشر و للمعيب بعشرة

بالسّدس

(۴٣) لانّ التّفاوت بينهما اثنان هما سدس الاثنى عشر

و على

(۴۴) البيّنة

الأخرى

(۴۵) و هى الّتى قوّمت الصّحيح بثمانية و المعيب بخمسة

ثلثة أثمان

(۴۶) لأنّ الثمانیة تزود علی الخمسة بثلاثة اثمان و مجموع التفاوتین من الاثنی عشر المجعول ثمنا ستّة و نصف لانّ ثلثة أثمان الاثنی عشر أربعة و نصف و ذلک لانّ ثلثة أثمان الثمانیة ثلثة و ثلثة أثمان الأربعة واحد و نصف و المجموع أربعة و نصف و السّدس من الاثنی عشر اثنان فإذا أضیف ذلک الی الأربعة و نصف صارت ستّة و نصفا

و ینصف المجموع

(۴۷) مجموع التفاوتین

أعنی ستّة و نصف من اثنی عشر جزءا و یؤخذ نصفه و هو ثلثة و ربع و قد کان

(۴۸) التفاوت

فی

(۴۹) الطریق

الأوّل ثلثة و قد ینقص عن

(۵۰) الطریق

الأوّل کما إذا اتّفقا علی ان قیمة المعیب ستّة و قال إحدیهما قیمة الصحیح ثمانیة و قال الأخری عشرة فعلی

(۵۱) الطریق

الأوّل

(۵۲) المشهور

یجمع القیمتان

(۵۳) للصّحیح أعنی الثمانیة و العشرة فیکون المجموع ثمانیة عشر

و یؤخذ نصفهما

(۵۴) و هی

تسعة و نسبته

(۵۵) ای نسبة التسعة و ذکر الضّمیر باعتبار العدد

إلی السّتة

(۵۶) المجعولة قیمة للمعیب فی قولهما جمیعا

بالثلث

(۵۷) فیؤخذ من اثنی عشر إذا کانت هی الثمن ثلثها و هی أربعة

و علی

(۵۸) الطریق

الثّانی

(۵۹) المنسوب الی الشّهید (- ره-)

یکون التفاوت علی احد البیّنتین ربعا

(۶۰) لأنّ السّتة تنقص عن الثمانیة بربع

و علی

(۶۱) البيّنة

الأخرى خمسين

(۶۲) لأنّ السّتّة تنقص عن العشرة بخميسها

فيؤخذ نصف الرّبع و نصف الخمسين فيكون ثمنا و خمسا و هو ناقص عن الثلث بنصف خمس

(۶۳) لأنّه إذا كان الثمن اثنى عشر كان ثمنه واحدا و نصفا و خمسه اثنين و خمسين و من المعلوم انّ النّصف عبارة عن خمسين و نصفا فاذا جمعن المجموع يصير ثلثة و أربعة أخماس و نصف خمس و هو ينقص عن ثلث الاثنى عشر و هو أربعة بنصف الخمس و توضيح هذا المقام انّ الاختلاف

(۶۴) بين البينتين

امّا ان يكون فى الصّحيح فقط مع اتفاقهما على المعيب و امّا ان يكون فى المعيب فقط

(۶۵) مع اتفاقهما على الصّحيح

و امّا ان يكون فيهما فان كان

(۶۶) الاختلاف بينهما

فى الصّحيح فقط كما فى المثال الأخير

(۶۷) يعنى قوله و قد ينقص عن الأوّل كما إذا اتّفقا على انّ قيمة المعيب ستّة و قالت إحديهما قيمة الصّحيح ثمانية و قال الأخرى أنّها عشرة فعلى الطّريق المشهور ان شئت جمعت الصّحيحتين فصارت ثمانية عشر و المعيبتين فصارت اثنى عشر و التفاوت بينهما الثلث و هو الأرش و ان شئت أخذت نصف الصّحيحتين و هى تسعة و نسبة الى المعيبة و هى ستّة و التفاوت بالثلث و هو الأرش و على طريق الشهيد (- ره-) يلاحظ التفاوت بين السّتة و الثمانية و هو الرّبع و بين السّتة و العشرة و هو الخمسان و يجمع التّفاوت و ذلک من الاثنى عشر المفروض كونه ثمنا خمسة و خمسان لانّ ربع الاثنى عشر ثلثة و خمسيه أربعة و أربعة أخماس و المجموع سبعة و أربعة أخماس ثمّ تسقط نصف الرّبع و الخمسين و هو الثمن و الخمس من الاثنى عشر و به يحصل الاختلاف بين الطريقين لان التفاوت على الطريق المشهور هو الثلث و هو الأربعة من الاثنى عشر و على هذا الطّريق أربعة إلّا نصف خمس لانّ ثمن الاثنى عشر واحد و نصف و خمسه اثنان و خمسان و المجموع ثلثة و نصف و خمسان و هى تنقص عن الأربعة بنصف خمس بل ربّما ذكر (- المصنف-) (- ره-) انّ

الظاهر التفاوت دائما

(۶۸) قال

لأنّک قد عرفت انّ الملحوظ على الطريق المشهور نسبة المعيب

(۶۹) و هو فى المثال الأخير ستّة

إلى مجموع قيمتى الصّحيح

(۷۰) حقّ العبارة النّصف مفردا مضافا الى القيمة المثنّاة أى نصف قيمتى الصّحيح

المجعول

(۷۱) ذلک النصف

قيمة منتزعة

(۷۲) من القيمتين فانّ مقتضى الطريق المشهور فى المثال الأخير نسبة السّتة إلى التّسعة الّتى هى نصف الثمانية و العشرة اللّتين هما قيمتا الصّحيح و النّسبة بينهما الثلث اعنى الثلاثة

و

(۷۳) هذا بخلافه

علی الطریق الأخر

(۷۴) المنسوب الی الشهید (- ره-) فانّ الملحوظ فیه انّما هو

نسبة المعیب

(۷۵) أعنی الستّة

الی کلّ من القیمتین

(۷۶) و هما الثّمانیة

ص: ۱۴۰

و العشرة ای باعتبار تفاوت صحیح کلّ من القیمتین و معیبهما ففی المثال التفاوت بین السّتّة و الثمانیة بالربع و هو اثنان و بین السّتّة و العشرة بالخمسین أعنی أربعة فیؤخذ من الاثنی عشر المفروض ثمنا ربع و هو ثلثة و خمسان و هما أربعة و خمسان فالمجموع سبعة و أربعة أخماس و نصفه أربعة إلا نصف خمس و قد کان التفاوت علی طریق المشهور أربعة لأنّها ثلث الاثنی عشر ثمّ انّه (- ره-) لما ذکر نسبة المعیب الی کلّ من القیمتین وصفها بأنّها

المستلزمة لملاحظة أخذ نصفه

ای نصف الصّحیح

مع نصف الصحیح الأخر لیجمع بین البینتین فی العمل و المفروض فی هذه الصّورة ان نسبة المعیب

و هی السّتّة

إلی

التسعة الّتی هی

مجموع نصفی قیمتی الصّحیح الّتی هی طریقة المشهور مخالفة لنسبة نصفه

ای ثلثة الّتی هی نصف السّتّة التی هی قیمة المعیب

الی کلّ من النّصفین

و هما الأربعة و الخمسة و ذلک

لانّ

نسبة السّتّة إلی التّسعة بالثلث و نسبة الثّلثة إلی الأربعة الّتی هی نصف إحدی قیمتی الصّحیح بالرّبع و الی الخمسة الّتی هی نصف القیمة الأخری للصّحیح بالخمسین و من البیّن مغایرة الثلث لکلّ من الرّبع و الخمسین و الی ذلک أشار الماتن (- ره-) بتعلیل مخالفة النسبة بین الطریقین بان

نسبة الکلّ

یعنی السّتّة

إلی الکلّ

یعنی التسعة

تساوی نسبة

الثلاثة الّتی هی

نصفه

ای نصف السّتّة

الی کلّ من نصفی ذلک الکلّ و هو الأربعة و النصف فی المثال

(۱۱) فکما انّ التفاوت بین السّتّة و التسعة بالثلث فکذا التّفاوت بین الثلاثة و بین الأربعة و نصف بالثلث و

لا

(۱۲) (- کک-) نسبة الثلاثة الّتی هی نصف الکلّ

الی کلّ من النّصفین المرکّب منهما ذلک الکلّ

(۱۳) و هی السّتّة

كالأربعة

(١۴) الّتى هى نصف الثمانية التى هى إحدى قيمتى الصّحيح

و الخمسة

(١۵) التى هى نصف القيمة الأخرى للصّحيح فإنّها اعنى نسبة نصف الكل الى كلّ من النصفين المركّب منهما ذلك الكلّ لا تساوى نسبة الكلّ الى الكلّ لانّ نسبة الكلّ الى الكلّ بالثلث و نسبة الثلاثة الّتى هى نصف الكلّ إلى الأربعة الّتى هى إحدى النّصفين المركّب منهما الكلّ بالرّبع و الى الخمسة الّتى هى النّصف الأخر بالخمسين و الثلث غير الرّبع و غير الخمسين

بل النصف المنسوب الى احد بعضى المنسوب إليه كالأربعة نسبته مغايرة لنسبة الى البعض الأخر أعنى الخمسة و هكذا غيره من الأمثلة

(١۶) الّتى تظهر بالتأمّل ثمّ انّ ما ذكره كلّه انّما هو فيما إذا كانت البيّنة اثنتين و لو كانت ثلثا كما لو اتّفقت على انّ قيمة المعيب ستّة و قالت إحديهما انّها صحيحة ثمانية و قالت الثانية أنّها عشرة و الثالثة انّها اثنتا عشر فإن شئت جمعت القيم الصّحيحة فصارت ثلثين و أخذت ثلثها و هى عشرة و جعلتها الصّحيحة و نسبتها إلى المعيبة و هى السّتّة و التفاوت بالخمسين فتأخذ خمسى الثمن أرشا و ان شئت كرّرت المعيبة ثلثا فصارت ثمانية عشر و نسبتها الى الثلاثين و التفاوت (- أيضا-) بالخمسين فتأخذ خمسى الثمن هذا على المشهور و امّا على طريقة الشّهيد (- ره-) فتجمع تفاوت ما بين السّتّة و الثّمانية و هو الرّبع و ما بينها و بين العشرة و هو الخمسان و ما بينها و بين الاثنى عشر و هو النّصف و تأخذ ثلث الجميع و تأخذ من الثمن بحسابه و يظهر بين الطّريقين تفاوت (- أيضا-) ففيما إذا كان الثمن اثنى عشر تأخذ على طريق المشهور أربعة و أربعة أخماس لأنّها خمسا الاثنى عشر و على طريق الشّهيد (- ره-) فربع الثمن ثلثة و خمساه أربعة و أربعة أخماس و نصفه ستّة و المجموع ثلثة عشر و أربعة أخماس و ثلثها أربعة و ثلثة أخماس فالتفاوت خمس ثمّ ان هذا كلّه هو الكلام فى صورة الأولى و هو ما إذا كان الاختلاف فى الصّحيح فقط و امّا الصّورة الثانية أعنى كون الاختلاف فى المعيب فقط كما إذا اتفقا على ان قيمتها الصّحيحة اثنى عشر و اختلفت فى المعيبة فقالت إحديهما هى عشرة و قالت الأخرى انّها ستّة فطريق أخذ التّفاوت امّا على المشهور فامّا بتنصيف المعيبتين و نسبة النصف إلى الصّحيحة فيظهر التفاوت بالثلث لانّ التفاوت بين الثمانية الّتى هى نصف السّتّة عشر التى هى مجموع المعيبتين و بين الاثنى عشر الّتى هى قيمة الصّحيح هو الثلث و امّا بجمع القيمتين فتكون ستّة عشر و تكرير الصّحيحة فتكون أربعة و عشرين و التفاوت بينهما (- أيضا-) بالثّمانية الّتى هى ثلث الأربع و العشرين و امّا على طريق الشهيد (- ره-) فبنسبة العشرة إحدى المعيبتين الى الاثنا عشر القيمة الأخرى و أخذ التّفاوت و هو السّدس و نسبة السّتّة الّتى هى القيمة الأخرى للمعيب إلى الاثنى عشر و أخذ التفاوت و هو النّصف و التفاوت بينهما بالثلث فانّ السّدس ثلث النّصف و (- ح-) فيتّحد الطريقان بل ربّما استظهر المصنّف (- ره-) عدم التفاوت دائما حيث قال

و إن كان الاختلاف فى المعيب فقط فالظاهر عدم التفاوت بين الطريقين أبدا لانّ نسبة الصّحيح الى نصف مجموع قيمتى المعيب على ما هو طريق المشهور مساوية لنسبة نصفه

(١٧) اى نصف الصّحيح

الى نصف إحديهما

(١٨) أى نصف احدى القيمتين المعيبتين

و نصفه الأخر

(١٩) أى النصف الأخرى للصّحيح

الى نصف

(٢٠) القيمة

الأخرى

(۲۱) للمعيب و ذلك

كما إذا اتفقا على كون الصّحيح اثنى عشر

(۲۲) و اختلفا فى المعيب

فقالت إحديهما المعيب ثمانية و قالت الأخرى ستّة فإن تفاوت

(۲۳) ما بين

السّبعة

(۲۴) الّتى هى نصف الثمانية و السّتّة اللّتين هما قيمتا المعيب

و

(۲۵) بين

الاثنى عشر التى هى قيمة الصّحيح

(۲۶) انّما هو السّدس و الرّبع فانّ سدس الاثنى عشر اثنان و ربعها ثلثة و المجموع خمسة و هى التفاوت بين السّبعة و الاثنى عشر و هذا التفاوت المأخوذ على الطريق

المشهور مساو لنصف مجموع تفاوت الثمانية مع الاثنى عشر لانّ نسبة الأوّلين

(۲۷) يعنى الثمانية و الاثنى عشر

بالثّلث و

(۲۸) نسبة

الآخرين

(۲۹) يعنى السّتّة مع الاثنى عشر

بالنّصف و نصفهما

(۳۰) اى نصف الثّلث و النصف

السّدس و الرّبع و هذا بعينه تفاوت السّبعة و الاثنى عشر

(۳۱) كما عرفت و لو كانت البيّنات ثلثا و اتّفقت على الاثنى عشر صحيحا و اختلفت فى المعيبة فقالت الأولى أنّها عشرة و قالت الثانية انّها ثمانية و قالت الثالثة انّها ستّة كرّرت الصّحيحة ثلثا فصارت ستّة و ثلثين و ضممت القيم المعيبة فصارت أربعة و عشرين و أخذت ثلثها ثمانية و نسبتها الى الثلاثين أو جمعت السّدس و النّصف و الثّلث و أسقطت ثلثه من الثمن فانّ التّفاوت هو الثلث (- أيضا-) و هكذا و امّا الصّورة الثّالثة فقد تعرض لها الماتن (- ره-) بقوله

و ان اختلفا فى

(۳۲) كلّ من

الصحيح و المعيب على كلتا البيّنتين فيتّحد الطريقان دائما كما إذا قوّمه إحديهما صحيحا باثنى عشر و معيبا بستّة و قوّمها الأخرى صحيحا بستّة و معيبا بثلاثة فانّ نصف الصّحيحين أعنى التّسعة

(۳۳) نصف الاثنى عشر و السّتّة

تفاوته مع نصف مجموع المعيبين و هو الأربعة و نصف

(۳۴) نصف السّتّة و الثّلثة

عين نصف تفاوت الاثنى عشر مع السّتّة و السّتّة مع الثّلثة

(۳۵) و ذلك لانّ تفاوت التسعة مع الأربعة و نصف النصف و تفاوت الاثنى عشر مع السّتّة (- أيضا-) النّصف و تفاوت السّتّة (- أيضا-) مع الثلاثة النّصف

و الحاصل انّ كلّ صحيح (- ح-) ضعف المعيب فيلزمه كون نصف الصّحيحين ضعف نصف المعيبين

(۳۶) هذا إذا اتّحدت النّسبة

و

(۳۷) امّا

ان اختلفت النّسبة فقد يختلف الطّريقان و قد يتّحدان و قد تقدّم مثالهما فى أوّل المسئلة

(۳۸) فلا نطيل بالإعادة و لو كانت البيّنات ثلاثا فقالت احديها انّ قيمته اثنا عشر صحيحا و عشرة معيبا و الثانية عشرة صحيحا و ثمانية معيبا و الثالثة ثمانية صحيحا و ستّة معيبا فالقيم الصّحيحة ثلثون و المعيبة أربعة و عشرون و التفاوت بينهما ستّة هى خمس القيم الصّحيحة فيرجع بخمس الثمن و هو اثنان و خمسان من الاثنى عشر هذا على الطريق المشهور و امّا على طريق الشهيد (- ره-) فيجمع سدس الثمن و هو

ص: ۱۴۱

اثنان من الاثنی عشر و خمسهٔ و هو اثنان و خمسان و ربعه و هو ثلثهٔ فیکون المجموع سبعهٔ و خمسین فیسقط من الثمن ثلثها و هو اثنان و خمسان و ثلث الخمس فیزید علی الطّریق المعروف بثلث الخمس فی المثال و قد یتّحد الطریقان (- ح-) فیما إذا کانت احدی القیمتین اثنا عشر صحیحا و أربعهٔ معیبا و الأخری ستّهٔ صحیحا و اثنین معیبا فانّ التفاوت النّصف علی کلّ منهما و کذا لو کانت الأولی ستّهٔ معیبا و الثانیهٔ ثلثهٔ معیبا فان التفاوت النصف علی کلّ منهما و لو کانت الأولی ثمانیهٔ معیبا و الثانیهٔ أربعهٔ فإن التّفاوت الثلث علی کلّ منهما و هکذا هذا تحریر القولین فی کیفیّهٔ الجمع بین البیّنتین و ما بینهما من النّسبهٔ و قد وقع الاحتجاج علی الطریق المشهور بخبر عبد اللّه بن عمر الوارد فی الأضاحی قال کنا بمکّهٔ فأصابنا غلاء فی الأضاحی اشترینا بدینار ثمَّ بدینارین ثمَّ بلغت سبعهٔ ثمَّ لم توجد بقلیل و لا- کثیر فوقع هشام المکاری الی ابی الحسن علیه السّلام فأخبره بما اشترینا و انا لم نجد فوقع علیه السّلام انظروا الی الثمن الأوّل و الثّانی و الثالث فاجمعوا ثمَّ تصدّقوا بمثل ثلثهٔ و قد عمل به الأصحاب فی محلّه بل قالوا انّ الضّابط ان تجمع القیمتان أو القیم و یتصدّق منسوبهٔ إلی القیم بالسویّهٔ من الثلث الثلث و من الأربع الرّبع و هکذا و اقتصار بعضهم علی الثلث انّما هو لمتابعهٔ الرّوایهٔ و الّا فالمراد ذلک و هو قریب ممّا قلناه بل لعلّ مقتضی اختلاف البیّنات هو تعدّد القیم باعتبار تفاوت الرّغبات فیکون کالشیء الواحد الّذی له قیم متعدّدهٔ و مقتضی العدل الجامع بین حق المشتری و البائع هو ما ذکره الأصحاب و تضمّنه الخبر المذکور فلیست المسئلهٔ (- ح-) من تعارض البیّنات کی یجری فیها حکمه هکذا أفاد جمع من الأواخر منهم صاحب الجواهر و فیه نظر ظاهر ضرورهٔ وضوح الفرق بین المبحث و بین مورد الخبر امّا أوّلا- فلکون مورد النصّ ممّا هو من حقوق الخالق و مفروض البحث من حقوق المخلوق و الفرق بینهما بیّن و امّا ثانیا فلانّ ظاهر الخبران القیم فی الأضحیهٔ المتعدّدهٔ واقعا بحسب تعذّر الأزمنهٔ فلمّا تعذّرت الأضحیهٔ سقط الخطاب بها فجعل الشارع المتصدّق بالقیمهٔ المنتزعهٔ من تلک القیم الواقعیّهٔ بدلا عنها تعبّدا و این ذلک من تعدّد الطّرق الظاهریّهٔ للقیمهٔ المتّحدهٔ فی الواقع کما هو المفروض هنا و احتجّوا الخیرهٔ الشّهید (- ره-) بان فیه اعمال کلّ من البینتین ببعض ما قامت علیه من التفاوت علی وجه لا- یفضل أحدهما عن الأخر ضرورهٔ کونه هو الّذی اختلفت البیّنات فیه و التقویم مقدّمهٔ له لا انّه ینتزع قیمهٔ جدیدهٔ خارجهٔ عن المجموع کما هو مقتضی الطّریق الأوّل إذ هو لیس جمعا فیما اختلفت فیه البیّنات من التفاوت الذی هو علی مقتضی احدیها الثلث مثلا و علی مقتضی الأخری الربع مثلا بل اللائق بعد القطع بانحصار التفاوت فی أحد الأمرین و لم یعلم به علی الخصوص تنصیف مقتضی کلّ من البینتین و الحکم بکونه الأرش اعمالا لکلّ منهما فی النصف و ربّما تصدّی (- المصنف-) (- ره-) لتنقیح رجحان هذا الطریق بناء علی المبانی فقال ما لفظه

ثمَّ انّ الأظهر بل المتعیّن فی المقام هو الطریق الثّانی المنسوب الی الشهید (- ره-) وفاقا للمحکی عن إیضاح (- فع-) حیث ذکر ان طریق المشهور لیس بجیّد و

لکنّه

لم یذکر وجهه و یمکن إرجاع کلام الأکثر إلیه کما سیجیء و وجه تعیّن هذا الطریق انّ أخذ القیمهٔ من القیمتین

یعنی من القیمتین الصّحیحتین أو القیمتین المعیبتین فعدّ کلّ قیمتین قیمهٔ و ملاحظهٔ النّسبهٔ بین نصف الصّحیحتین و نصف المعیبتین علی طریق المشهور أو

أخذ

النّسبهٔ المتوسّطهٔ من النّسبتین

یعنی نسبهٔ کلّ صحیح إلی معیبه

علی الطریق الثّانی

لا یخلو من احد وجهین لانّه

امّا

ان يكون

للجمع بين البيّنتين

أو البيّنات

باعمال كلّ

واحد

منهما

أو منها

فى نصف العين كما ذكرنا

مفصّلا

و امّا

(۱۱) ان يكون

لأجل ان ذلك توسّط بينهما

(۱۲) اى بين البائع و المشترى

لأجل الجمع بين الحقّين

(۱۳) اى حقّهما

بتنصيف ما به التفاوت نفيا

(۱۴) لنصف الزّيادة الّتى يدعيها إحديهما

و إثباتا

(۱۵) لنصف الزيادة التى ينكرها الأخرى

على النّهج الّذى ذكرناه أخيرا فى الجمع بين البيّنتين كما يحكم بتنصيف الدّرهم الباقى من الدّرهمين المملوكين لشخصين إذا ضاع أحدهما المردّد بينهما من عند الودعى

(۱۶) من دون تفريط

و

(۱۷) لو

لم تكن هنا بيّنة تشهد لأحدهما بالاختصاص بل و لا ادّعى أحدهما اختصاصه بالدّرهم الموجود فعلى الأوّل

(۱۸) يعنى كون أخذ القيمة من القيمتين للجمع بين البينتين

فاللّازم و إن كان هو جمع نصفى قيمتى الصّحيح و المعيب

(۱۹) اى نصف قيمتى الصّحيح و نصف قيمتى المعيب و لذا اثنى النّصف و القيمة فى العبارة ثمَّ قال

كما فعله المشهور

(۲۰) ثمَّ بيّن طريق الجمع بقوله

بان يجمع

(۲۱) و لا يخفى انّ الجمع هنا ليس على معناه اللّغوى و هو الضمّ حتى يصير المجموع عشرين بل المراد به ان يلاحظ كلّ من العددين

و هما

الاثنى عشر و الثمانية المفروضتان قيمتين للصّحيح فى المثال المتقدّم

(۲۲) عند قوله فى أوائل الكلام و قد يختلفان (- اه-)

و يؤخذ نصف إحديهما

(۲۳) كالستّة مثلا نصف الاثنى عشر

قيمة نصف المبيع صحيحا

(۲۴) فقوله قيمة مفعول ثان للأخذ مضاف الى لفظ النصف فهو فى تقدير اللّام فكأنّه قال و يؤخذ نصف إحديهما قيمة لنصف المبيع

و نصف الأخرى

(۲۵) كالأربعة نصف الثمانية

قيمة للنّصف الأخر منه

(۲۶) اى من المبيع

و لازم ذلك

(۲۷) اى لازم هذا الجمع و الملاحظة و الأخذ هو

كون تمام المبيع بعشرة

(۲۸) لأنّ الستّة نصف الاثنى عشر و الأربعة نصف الثمانية إذا جمعتا صار المجموع عشرة

و

(۲۹) قوله

يجمع

(۳۰) معطوف على قوله يجمع فى قوله بان يجمع الاثنى عشر و الثمانية فهو منصوب بان و معناه (- أيضا-) الملاحظة دون الضمّ فالمعنى و ان يجمع

قيمتا المعيب أعنى العشرة و الخمسة و يؤخذ لكلّ نصف من المبيع المعيوب نصف من أحدهما و لازم ذلك كون تمام المبيع بسبعة و نصف

(۳۱) لأنّه إذا أخذ نصف العشرة و هى خمسة و نصف الخمسة و هو اثنان و نصف كان المجموع سبعة و نصفا

الّا انّه لا ينبغى ملاحظة نسبة المجموع من نصفى إحدى القيمتين أعنى العشرة

(۳۲) أراد بإحدى القيمتين القيمة الصّحيحة و هى و إن كانت قيمتين لمقوّمين الّا انّه بعد جمعهما و أخذ نصفهما صار كانّ نصفهما قيمة و ثنى النّصف باعتبار كون الجمع بين احدى الصّحيحتين مع نصف الصّحيحة الأخرى ثمَّ أشار الى المنسوب اليه بقوله

الى المجموع من نصف

(۳۳) القيمة

الأخرى أعنى سبعة و نصفا كما نسب الى المشهور

(۳۴) و أراد بالقيمة الأخرى قيمة المعيب المستفادة من القيمتين للمعيب بأخذ نصف كلّ منهما وليته ثنّى النصف هنا كما ثناه فى قوله من نصفى إحدى القيمتين (- اه-) ثمَّ انّه (- ره-) أخذ فى تعليل قوله لا ينبغى بقوله

لأنّه إذا فرض لكلّ نصف من المبيع قيمة تغاير قيمة النصف الأخر وجب ملاحظة التفاوت بالنّسبة الى كلّ من النّصفين صحيحا و معيبا و أخذ الأرش لكلّ نصف على حسب تفاوت صحيحه و معيبه

(۳۵) ضرورة انّ الجمع بین البینتین یقتضی الأخذ بقول کلّ منهما فی نصف المبیع و لازمه لزوم مراعاة التّفاوت علی النّحو الّذی ذکره

و (- ح-)

فالعشرة

(۳۶) الحاصلة من الجمع بین الصّحیحتین أعنی الاثنی عشر و الثمانیة و تنصیفهما

لیست قیمة لمجموع الصّحیح الّا باعتبار انّ نصفه

(۳۷) ای نصف المبیع

مقوم لستّة و نصفه الأخر بأربعة

(۳۸) و مجموع السّتة و الأربعة عشرة

و کذا السّبعة و نصف

(۳۹) الحاصلة من الجمع بین القیمتین للمعیب أعنی العشرة و الخمسة

لیست قیمة لمجموع المعیب

ص: ۱۴۲

الّا باعتبار انّ نصفه مقوّم بخمسة و نصفه الأخر باثنين و نصف

و جمعهما سبعة و نصف

فلا وجه

لما هو مقتضى الطريق المشهور

من أخذ تفاوت ما بين مجموع العشرة

الّتى هى قيمة الصّحيح

و السّبعة و نصف

الّتى هى قيمة المعيب

بل لا بدّ من أخذ تفاوت ما بين الأربعة

الّتى هى قيمة نصف المبيع المقوّم صحيحا بها

و الاثنين و نصف

الذى هو قيمة نصف المبيع المقوّم معيبا بها الكائن ذلك التّفاوت

لنصف المبيع و تفاوت ما بين السّتّة

قيمة النّصف الأخر للمبيع المقوّم صحيحا بها

و الخمسة

قيمة النّصف الأخر للمبيع المقوّم معيبا بها الكائن ذلك التّفاوت

للنّصف الأخر

من المبيع و إذا أخذنا التفاوت على هذا الوجه كما هو طريق الشهيد (- ره-) كان التفاوت بين الأربعة نصف الثمانية و الاثنين و نصف نصف الخمسة ثلثة أثمان لأنّ الأربعة ثمانية انصاف و الاثنين و نصف خمسة انصاف و التفاوت ثلثة انصاف و كان التفاوت بين السّتّة و الخمسة سدس فيؤخذ من البائع ثلثة اثمان الثمن و سدسه أرشا للمبيع فلو كان الثمن فى المثال اثنى عشر أخذ من البائع ثلثة و ربع لأنّه يؤخذ من الستّة نصف الاثنى عشر سدسه و هو واحد و من السّتّة الأخرى ثلثة أثمانها و هى اثنان و ربع لانّ ثلثة أثمان الأربعة واحد و نصف و ثلثة اثمان الاثنين ثلثة أرباع و المجموع اثنان و ربع و ذلك مع الواحد ثلثة و ربع و حاصل العلة الّتى رجّح الماتن (- ره-) بها طريق الشّهيد (- ره-) هو انّ فى طريقه اعمال كلّ من البيّنتين ببعض ما قامت عليه من التّفاوت على وجه لا يفضل أحدهما عن الأخر ضرورة كونه هو الّذى اختلفت البيّنات فيه و التقويم مقدّمة له لا انه ينتزع قيمة جديدة خارجة عن المجموع كما هو مقتضى طريق المشهور إذ هو ليس جمعا فيما اختلف فيه البيّنات من التفاوت الّذى هو على مقتضى إحديهما الثلث مثلا و على مقتضى الأخرى الرّبع مثلا بل اللّائق بعد القطع بانحصار التفاوت فى أحد الأمرين و لم يعلم به على الخصوص تنصيف مقتضى كلّ من البينتين و الحكم بكونه الأرش اعمالا لكلّ منهما فى النّصف و

توهّم انّ حكم شراء شيء

موصوف بأنّه

تغاير قيمتا نصفه

(۱۱) اى كانت قيمة أحد نصفيه غير قيمة النّصف الأخر كما فى المقام

حكم ما لو اشترى بالثمن الواحد مالين معيبين مختلفين فى القيمة صحيحا و معيبا

(۱۲) و ذلک

بان اشتری عبدا و جاریة

(۱۳) صفقة

باثنی عشر فظهر

(۱۴) جمیعا

معیبین و

(۱۵) الحال انّ

العبد یسوی أربعة صحیحا و اثنین و نصف معیبا و الجاریة تسوی ستّة صحیحة و خمسة معیبة فإنّه لا شکّ فی انّ اللّازم فی هذه الصّورة ملاحظة مجموع قیمتی الصّفقة صحیحة و معیبه أعنی العشرة

(۱۶) الحاصلة من جمع القیمتین الصّحیحتین و هما الأربعة و السّتّة

و السّبعة و نصف

(۱۷) الحاصلة من جمع القیمتین المعیبتین و هما الاثنان و نصف و الخمسة

و أخذ التّفاوت

(۱۸) بین العشرة و السّبعة و نصف

و هو الرّبع من

(۱۹) أصل

الثمن

(۲۰) المسمّی أعنی الاثنی عشر

و هو

(۲۱) ای ربع الثمن المسمّی

ثلثة إذا فرض الثمن اثنی عشر

(۲۲) و حقّ العبارة رفع الاثنین بالألف لکونه نائب فاعل لفرض کما لا یخفی و هذا الّذی ذکرنا

هو طریق المشهور فیما نحن فیه

(۲۳) فطریق المشهور هو المتعیّن دون طریق الشهید (- ره-) مدفوع خبر لقوله و توهّم (- ره-) و التقدیر انّ توهّم ما ذکر

مدفوع بانّ الثمن

(۲۴) و هو الاثنی عشر مثلا

فی المثال

(۲۵) الّذی ذکره المتوهّم

لما کان موزّعا علی العبد و الجاریة بحسب قیمتها

(۲۶) السّوقیّة

فإذا أخذ المشتری ربع الثمن

(۲۷) یعنی الثلاثة

أرشا فقد أخذ للعبد ثلثة اثمان قیمته و للجاریة سدسه

(۲۸) ای سدس قیمتها فکان علیه تأنیث الضّمیر

کما

(۲۹) لا یخفی و هذا الذی ذکرنا

هو الطریق المختار لأنّه أخذ

(۳۰) من الثمن

من تقابل الجاریة أعنی سبعة و خمسا سدسه و هو واحد و خمس و من مقابل العبد أعنی أربعة و أربعة أخماس ثلثة اثمان و هو واحد و أربعة أخماس

(۳۱) و توضیح ذلک انّه إذا فرض القیمة الصّحیحة للعبد أربعة و القیمة الصّحیحة للأمة ستّة کان الفرق بینهما خمسا للعبد خمسان و للأمة ثلثة أخماس لأنّ الأربعة مع السـتّة تصیر عشرة و خمسا هما أربعة و ثلثة أخماسها ستّة فیلزم ان یجعل للعبد من الثمن المسمّی خمساه و للأمة ثلثة أخماسه و خمسا الاثنی عشر المجعول ثمنا فی المثال أربعة و أربعة أخماس لأنّ خمسی العشرة أربعة و خمسی الاثنین أربعة أخماس و أیضا ثلثة أخماس الاثنی عشر سبعة و خمس لانّ ثلثة أخماس العشرة ستّة و ثلثة أخماس الاثنین ستّة أخماس فاجعل خمسة أخماس من السـتّة أخماس واحدا وضعه علی السّتّة فتصیر سبعة و یبقی خمس فیصیر المجموع سبعة و خمسا فاتّضح ما ذکره من انّ مقابل الجاریة سبعة و خمس و مقابل العبد أربعة و أربعة أخماس أی سبعة و خمس من اثنی عشر و أربعة و أربعة أخماس من اثنی عشر و امّا انّ سدس السّبعة و خمس واحد و خمس فظاهر لانّ سدس السّتّة واحد و سدس الواحد و خمس خمس و امّا انّ ثلثة أثمان الأربعة و أربعة أخماس واحد و أربعة أخماس فلان ثلثة أثمان الأربعة واحد و نصف و ثلثة أثمان الأربعة أخماس خمس و نصف خمس لأنّه إذا فرض الأصل ستّین کان أربعة أخماسه ثمانیة و أربعین لأنّ خمس السّتین اثنی عشر فاذا کرر الاثنی عشر اربع مرّات صارت ثمانیة و أربعین و ثلثة أثمان الأربعین خمسة عشر و ثلثة أثمان الثمانیة ثلثة و المجموع ثمانیة عشر و خمس السّتین اثنا عشر و نصف خمسة ستّة و المجموع ثمانیة عشر فتبیّن انّ ثلثة أثمان الأربعة أخماس خمس و نصف خمس و إذا أضفت ذلک الی الثلاثین نصف السّتین صارت ثمانیة و أربعین و ذلک أربعة أخماس السّتین و إذا أضفت الأربعة أخماس إلی الواحد صارت واحدا و أربعة أخماس و ذلک المطلوب و إذ قد عرفت ذلک فاعلم أنّ

الثلاثة الّتی هی ربع الثمن

(۳۲) المسمّی أعنی الاثنی عشر

منطبق علی السّدس

(۳۳) المأخوذ من مقابل قیمة الجاریة

و ثلثة أثمان

(۳۴) المأخوذ من مقابلة قیمة العبد و وجه الانطباق انّ السّدس واحد و خمس کما عرفت و الثّلثة الأثمان واحد و أربعة أخماس فإذا جمعتهما صارتا ثلثة و هذا

بخلاف ما نحن فیه فانّ المبذول فی مقابل کلّ من النّصفین المختلفین بالقیمة أمر واحد و هو نصف الثمن

(۳۵) و التعدّد و الاختلاف انّما حصل من تعدّد المقوّمین و اختلافهم

فالمناسب لما نحن فیه فرض شراء کلّ من الجاریة و العبد فی المثال المفروض بثمن مساو للآخر بان اشتری کلّا منهما بنصف الاثنی عشر فی عقد واحد أو عقدین فلا یجوز (- ح-) أخذ الرّبع من اثنی عشر بل المتعیّن حینئذ ان یأخذ من ستّة الجاریة سدس

(۳۶) لانّه مقتضی تقویم صحیحها بستّة و معیبها بخمسة و التفاوت بینهما بالسّدس

و من ستّة العبد اثنان و ربع

(۳۷) لانّه مقتضی تقویم صحیحه بأربعة و معیبه باثنین و نصف و التّفاوت بینهما بثلاثة اثمان فیجمع الواحد و الاثنان و ربع فیصیر مجموع الأرش ثلثة و ربعا و هو المأخوذ فی المال المتقدّم علی الطریق الثّانی

(۳۸) کما أسبق ذکره عند قوله فی صدر المقال و قد یختلفان کما إذا کانت إحدی قیمتی الصحیح اثنی عشر و الأخر ثمانیة (- اه-) و قد ظهر ممّا ذکرنا

(۳۹) کلّه

انّه لا فرق بین شهادة البیّنات بالقیم أو شهادتهم بنفس النسبة بین الصّحیح و المعیب و ان لم یذکروا القیم

(۴۰) لاتحادهما فی النتیجة کما هو ظاهر ثمَّ انه (- قده-) لما ورد عند الشروع فی وجه أظهریّة طریق الشهید (- ره-) بین ان یکون أخذ القیمة من القیمتین علی طریق المشهور للجمع بین البنتین باعمال کلّ منهما و بین ان یکون ذلک لأجل الجمع بین الحقین و استوفی الکلام علی الشق الأوّل أراد الکلام علی الشق الثانی فقال (- ره-) انّ

هذا کلّه إذا کان

ص: ۱۴۳

مستند المشهور فی أخذ القيمة الوسطی

هو

العمل بكلّ من البيّنتين فی جزء من المبيع و امّا إذا كان المستند مجرّد الجمع بين الحقّين على ما ذكرناه أخيرا بأن ينزل القيمة الزّائدة

الّتی قوم المبيع بها احدی البينتين

و يرتفع النّاقصة

الّتی قوّمته بها الأخری حتی تكون القيمتان جميعا

علی حدّ سواء فالمتعيّن الطريق الثانی أيضا

يعنی طريق الشهيد (- ره-)

سواء شهدت البيّنتان بالقيمتين

كان قالت إحديهما انّه صحيحا باثنی عشر و معيبا بثمانية و قالت الأخری أنّه صحيحا بستّة و معيبا بأربعة

أم شهدتا بنفس النسبة بين الصحيح و المعيب

كان قالت إحديهما انّ النّسبة بين الصحيح و المعيب بالسّدس و قالت الأخری بثلاثة اثمان و

امّا إذا شهدتا بنفس التفاوت فلأنّه إذا شهدت إحديهما بأن التفاوت بين الصحيح و المعيب بالسّدس و هو الاثنان من الاثنی عشر المفروض ثمنا

و شهدت الأخری بأنّه

أی التّفاوت

بثلاثة اثمان

و هی الأربعة و نصف من الاثنی عشر المفروض ثمنا و هذا هو الأقرب الی المطلوب و أهل بعد فرض الثّمن اثنی عشر فما فی المتن من قوله

و هو الثلاثة من ثمانية

لا يخلو من مناقشة و علی ایّ حال فاذا شهدتا (- كك-)

زدنا علی السّدس

(۱۱) و هو اثنان المجعولة فی كلام البيّنة الأولی

ما ينقص من ثلثة اثمان

(۱۲) و ذلك ان التفاوت بين سدس الاثنی عشر و هو اثنان و بين ثلثة أثمانه و هو أربعة و نصف اثنان و نصف فينصف هذا التفاوت و يجعل نصفه و هو واحد و ربع علی الاثنين المجعول تفاوتا فی كلام الأولی و يبقی نصفه الأخر و هو واحد و ربع علی حاله و

(۱۳) إذا فعلنا ذلك

صار كلّ واحد من التفاوتين بعد التعديل سدسا

(۱۴) و هو اثنان

و نصف سدس

(۱۵) و هو واحد

و ثمنه

(۱۶) ای ثمن السّدس و هو ربع الواحد

و هو

(۱۷) ای السّدس و نصفه و ثمنه

من الثمن المفروض أعنی اثنی عشر ثلثة و ربع

(۱۸) لان مجموع الاثنین و الواحد و ربع الواحد یصیر ثلثة و ربعا و (-ح-) فیکون التفاوت ثلثة و ربعا

کما ذکرنا سابقا

(۱۹) هذا إذا شهدت البیّنتان بنفس التفاوت

و

(۲۰) امّا

ان شهدت البیّنتان بالقیمتین

(۲۱) ای شهدت کلّ منهما بقیمتین صحیحة و معیبة

فمقتضی الجمع بین حقّی البائع و المشتری فی مقام إعطاء الأرش و أخذه

(۲۲) الإعطاء من البائع و الأخذ من المشتری

تعدیل قیمتی کلّ من الصّحیح و المعیب بالزیادة و النقصان بأخذ قیمة

(۲۳) المتّصفة بکون

نسبته الی المعیب

(۲۴) و اللازم تأنیث الضّمیر المضاف إلیه النّسبة لعوده إلی القیمة و علی کلّ حال فیعتبر کون نسبة تلک القیمة إلی المعیب

دون نسبة القیمة الزائدة و فوق نسبة

(۲۵) القیمة

النّاقصة فیؤخذ من الاثنی عشر

(۲۶) المجعولة فی شهادة الأخری قیمة للصّحیح

و العشرة من الثمانیة و الخمسة

(۲۷) المجعولة قیمة للمعیب

قیمتان

(۲۸) نائب فاعل لقوله یؤخذ أی یؤخذ قیمتان إحدیهما

للصّحیح و

(۲۹) الأخری

للمعیب

(۳۰) متصفتان تلک القیمتین بان

نسبة إحدیهما إلی الأخری

(۳۱) یعنی نسبة کلّ صحیح إلی معیبه

تزید علی السّدس بما

(۳۲) اى بمقدار

ينقص من ثلثة اثمان

(۳۳) بسبب أخذ نصف زيادتها على السّدس و جعل ذلك على السّدس بيان ذلك انّه إذا كان تفاوت احد الصّحيحين مع معيبه السّدس و تفاوت الأخر مع معيبه ثلثة اثمان كان مقتضى التّعديل الأخذ من ثلثة اثمان للسّدس بمقدار يتساويا فى النّسبة ففى المثال يؤخذ سدس الاثنى عشر و هو اثنان و ثلثة أثمانه و هو أربعة و نصف و يجمع فيصير ستّة و نصفا و ينصف فيصير ثلثة و ربعا و (- ح-) فيؤخذ قيمتان يزيد صحيحهما على المعيب بسدس و نصف سدس و ثمن سدس

(۳۴) و ذلك بان يجعل القيمة الصّحيحة ستّة و المعيبة أربعة و ربعا فالسّتة تزود على الأربعة و ربعا بسدس و هو واحد و نصف سدس و هو نصف الواحد و ثمن سدس و هو ربع الواحد فمجموع الزيادة اثنان الّا ربعا فيؤخذ هذا المقدار من التفاوت أرشا فإذا كان الثمن اثنى عشر درهما كان الأرش ثلثة و ربعا لانّ العدد الّذى تزود الاثنى عشر عليه بسدس و نصف سدس و ثمن سدس انّما هى تسعة إلّا ربعا فتلك الزيادة فى صورة كون الثّمن اثنى عشر هو الأرش

و من هنا يمكن إرجاع كلام الأكثر

(۳۵) المتضمّن للطّريق الأوّل المشهور

الى الطّريق الثانى

(۳۶) الّذى عليه الشهيد (- ره-)

بان يريدوا من أوسط القيم المتعدّدة للصحيح و المعيب القيمة المتوسّطة بين القيم لكلّ منهما

(۳۷) اى من الصّحيح و المعيب

من حيث نسبتها

(۳۸) اى نسبة تلك القيمة المتوسطة

إلى قيمة الأخر فيكون مرادهم من أخذ قيمتين للصّحيح و المعيب

(۳۹) أخذ

قيمة متوسطة من حيث نسبة إحديهما إلى الأخرى بين أقوال جميع البيّنات المقوّمين للصّحيح و الفاسد و ليس فى كلام الأكثر انّه يجمع قيم الصّحيح و ينتزع منها قيمة و (- كك-)

(۴۰) يجمع

قيم المعيب

(۴۱) و ينتزع منها قيمة

ثمّ تنسب احدى القيمتين المنتزعتين إلى الأخرى

(۴۲) على التفصيل المتقدّم الا ترى الى كلام الشيخ المفيد (- ره-) كيف خلى عن ذلك حيث

قال فى المقنعة فإن اختلف أهل الخبرة عمل على أوسط القيم انتهى و نحوه فى (- يه-) و

(۴۳) قال المحقّق (- ره-)

فى (- يع-) عمل على الأوسط

(۴۴) فتريه خلى عن تفسير الوسط بالوسط من حيث العدد و من الممكن إرادتهم الوسط من حيث النّسبة

و بالجملة فكلّ من عبّر بالأوسط يحتمل ان يريد الوسط من حيث النّسبة لا من حيث العدد

(۴۵) لكن الإنصاف أنّ خلوّ كلام جمع من تفسير الوسط بالوسط من حيث العدد كخلوّها عن تفسيره بالوسط من حيث النّسبة لا

یقدح بعد نقل جمع الوسط من حیث العدد عن المشهور و کفی بالشهید الثانی (- ره-) المتقن فی النقل ناقلا للقول المشهور فی قبال قول الشهید (- ره-)

هذا مع

(۴۶) انّ غایهٔ ما یعلّل به جعل القولین واحدا و النزاع منتفیا هو

ان المستند فی الجمیع هو ما ذکرنا من وجوب العمل بکلّ من البینتین فی قیمهٔ نصف المبیع

(۴۷) و هو کما تری لا یقضی باتّحاد القولین لان النزاع انّما هو فی انّ العمل بکلّ من البیّنتین فی قیمهٔ نصف المبیع هل یحصل بالطریق المشهور أو بطریق الشهید (- ره-) فالنزاع ثابت معنی لا انه لفظیّ

نعم لو لم یکن بیّنهٔ أصلا لکن علمنا من الخارج

(۴۸) بقرائن قطعیّهٔ

انّ قیمهٔ الصّحیح امّا هذا أو ذاک و (- کک-) قیمهٔ المعیب

(۴۹) امّا هذا أو ذاک فان قلنا بالتعیین بالقرعهٔ کما هو الحق فهو

و

(۵۰) ان

لم نقل بالقرعهٔ أو الأصل

(۵۱) الجاری فی کلّ مورد بحسبه

فاللازم (- ح-) الاستناد فی التنصیف الی الجمع بین الحقّین علی هذا الوجه و قد عرفت انّ الجمع

(۵۲) یحصل

بتعدیل التفاوت لأنّه الحقّ دون خصوص القیمتین المحتملتین

(۵۳) هذا ما عندنا

و اللّه العالم

(۵۴) بحقائق احکامه و إذ قد تمّ ما التزمنا فیه بشرح المزج فلنعد الی اسلوبنا السّابق و هو التّعلیق فنقول قال الماتن (- ره-)

[فی الشروط التی یقع علیها العقد]

القول فی الشروط (- اه-)

(۵۵) لما کان ثبوت الخیار بتخلّف الشرط متوقّفا علی فهم حقیقهٔ الشّرط و شروط صحّته و کان الکلام فی ذلک مطوّلا عدل عمّا جری علیه الی هنا من تعداد الخیارات الی جعل الکلام فی الشروط مستقلّا و ذکر ثبوت الخیار بتخلّفه فی عداد احکامه و الشروط جمع الشرط کالعقود جمع العقد و یجمع الشروط علی الشّرائط (- أیضا-) کما صرّح به بعض اللّغویین و ربّما یظهر من المصباح انّ جمع الشرط شروط و ان الشرائط جمع الشریطهٔ بمعنی الشرط قال فی المصباح و جمع الشرط شروط مثل فلس و فلوس و الشریطهٔ فی معناه و جمعها شرائط انتهی

قوله طاب ثراه و هو بهذا المعنی (- اه-)

(۵۶) احترز به عن الشرط بالمعنی الثّانی حیث جعله اسما جامدا

قوله طاب ثراه فی البیع و غیره (- اه-)

(۵۷) لا یخفی علیک انّ الموجود فی القاموس انما هو کلمهٔ نحوه بدل غیره و الفرق بینهما ظاهر لشمول کلمهٔ الغیر للعقود الجائزهٔ (-

أيضا-) بخلاف كلمة نحوه الّا ان يريد

ص: ۱۴۴

ص: ۱۴۵

جعل استدلالهم بعموم المؤمنون عند شروطهم فى فروع الباب موافقا لإرادة الثانى يعنى الإلزام و الالتزام لئلا يلزم استعمال المشترك فى كلماتهم فى معنييه أو حمل اللّفظ على معنييه الحقيقى و المجازى و أقول قد عرفت انّ الشّرط ليس الّا بمعنى الرّبط و ان كلّا من المعنيين العرفيين و الاصطلاحيين مأخوذ من ذلك فلا حاجة الى ما ذكره كلّه

قوله طاب ثراه و على كلّ تقدير ففى الأخبار عنه (- ح-) بقوله ثلثة أيّام مسامحة (- اه-)

وجه المسامحة أن ثلثة أيّام ظرف للخيار فلا يحمل على لفظ الشرط بل اللازم على الاحتمال الأوّل تقدير لفظ الخيار قبل كلمة الثّلثة ليكون التقدير هكذا ما المقرّر من الشرع فى الحيوان و الملزوم به المتبايعان قال عليه السّلام خيار ثلثة أيّام و على الاحتمال الثانى تقدير لفظة المدّة قبل الشّرط ليكون التقدير ما مدّة الخيار فى الحيوان قال ثلثة أيّام

قوله طاب ثراه نعم فى بعض الأخبار فى الحيوان كلّه شرط ثلثة أيّام و لا يخفى توقفه على التوجيه

مقتضى العدول عن إثبات المسامحة فى الأخبار بقوله ثلثة أيّام الى ما ذكره بعد كلمة نعم هو عدم المسامحة فى هذه الفقرة و عدم التوقف على التوجيه مع انه لا حاجة الى التقدير فى هذه الفقرة لكون معناه انّ فى الحيوان كلّه خيار ثلثة أيّام فيكون قد سقطت كلمة العدم قبل كلمة توقّفه من قلم الناسخ أو الماتن (- قدّه-) و على فرض كون العبارة على ما سطرت فالغرض من التوقّف على التوجيه لم يعلم

[فى شروط صحة الشرط]

اشارة

قوله طاب ثراه الكلام فى شروط صحّة الشرط (- اه-)

ينبغى قبل الأخذ فى ذلك بيان أمور لها تعلّق بهذا الباب الأوّل انّ الظاهر كون المراد بالشرط فى المقام ما كان من الشّرائط المستقبلة دون الماضية و المقارنة كما ينبئ عنه اشتراط الإباحة و المقدوريّة و نحوهما فلو قال بعتك العبد بشرط ان يكون حبشيا خرج عن مفروض البحث و (- ح-) فيكون اشتراط الماضى و المقارن داخلا فى خيار الرّؤية أو الوصف أو العيب أو التدليس فى بعض الأحيان و ربما جعلوا محقّق الوقوع فى المستقبل كطلوع الشمس قسيما للشّرط و سمّوه بالصّفة كما لا يخفى الثّانى انّه قد يخطر بالبال فى بادى النّظر فى المقام اشكال هو انّ صحّة الشرط و لزومه موقوفان على صحّة العقد و صحّة العقد موقوفة على التنجيز فيه و الشّرط ينافى التنجيز فيلزم من وقوع الشّرط فساد العقد و من فساد العقد فساد الشّرط و ما يلزم من وجوده عدمه فهو باطل و الجواب انّ القادح هو التعليق فى الإنشاء و الحاصل بالشرط انّما هو التعليق فى المنشأ و من هنا يقال انّه لا ريب فى انّ الإنشاء لا يقبل التعليق بمعنى تعليق نفس الإنشاء إذ ليس له مدلول وراء لفظه و انّما يحصل بلفظه كالاخبار فلو علّق كان كالاخبار بأنّه سينشئ بعد ذلك فلا إنشاء بالفعل كما انّه لا كلام فى تعليق المنشأ سواء كان على معلوم الوقوع أو مشكوكه أو مظنونه لأنّ المنشأ كما ينشأ مقيّدا مرّة و مطلقا اخرى (- ككـ-) ينشأ معلّقا مرّة و منجّزا اخرى و الترديد و التشكيك فى وقوع المعلّق عليه لا يقدح فإنّه لا يعود إلى الإنشاء لأنّه قد حصل الجزم به على احد التقديرين و كون كلّ من التّقديرين غير مجزوم به فى الواقع لا ينافى ذلك و لهذا صحّ إن كان مالى الغائب سالما فهذه زكاته و الّا فنافلة فى العبادات الّتى شرطها الجزم بالنسبة و من ذلك دخول المأموم فى الصّلوة مع الشّك فى إدراك الإمام راكعا و الاستصحاب لا يفيد جزما و نحو ذلك هذا و لكن قد يقال انّ العقود لا يجوز التّعليق فيها و لو باعتبار المنشأ لأنّها مبتنية على وقوع أثارها من حينها و نحن نقول انّه إن كان على ذلك إجماع أو كان مفاد صيغ العقود ذلك أو كان التعليق و لو باعتبار المنشأ منافيا للعقد و الّا فللنظر فيه مجال واسع بل منع اكيد و قد يريد جواز التّعليق فى المنشأ تجويز الأصحاب إجارة الدّار بعد

سنة و ما ادّعاه العلّامة (- ره-) من الإجماع علی صحّة التوکیل لو قال أنت وکیلی فی بیع عبدی إذا قدم الحاج و غیر ذلک الّا ان یقال انّ شیئا من ذلک لا یقتضی المدّعی لانّ مقارنة وقوع آثار الصّیغ لها حاصلة فیها لانّ ملک ما بعد سنة حاصل للمستأجر الآن و ترتّب علیه ثمرات الملک بعد سنة من الآن فیجوز له إجارته من غیره بعد سنة الآن و امّا قدوم الحاج فهو قید للبیع لا للتوکیل و لهذا نقل العلّامة (- ره-) أیضا الإجماع علی عدم جواز تعلیق الوکالة علی شرط و لا وصف فالإنصاف قدح التعلیق (- مط-) و (- ح-) فیجاب عن الإشکال بمنع اقتضاء الشرط فی ضمن العقد التعلیق ضرورة أن مشترط عتق العبد مثلا لا یعلّق البیع علی العتق و الا لدار من حیث توقف العتق علی الملک فلو علّق حصول البیع علی حصول العتق لدار بل الاشتراط إلزام فی العقد مشروع أثره لزوم العتق بعد حصول البیع و ربّما یکشف عما قلناه من کون الاشتراط غیر التعلیق قول الفاضل المقدار (- ره-) فی التنقیح عقد البیع قابل للشّرط لا للتّعلیق علی الشّرط امّا الأوّل فلعموم قوله صلّی اللّه علیه و آله المؤمنون عند شروطهم و لأدلّة وجوب الوفاء بالعهد و امّا الثّانی فلأنّه یعتمد الرّضا لقوله تعالی إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْکُمْ و لا رضاء الا مع الجزم و لا جزم مع التعلیق لانّه یعرضه عدم الحصول و لو قد علم حصوله کالمعلّق علی الوصف نحو ان طلعت الشمس أو جاء الشهر لانّ الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه و افراده فاعتبر المعنی العام دون خصوصیات الأفراد انتهی حیث تراه جعل الشرط غیر التعلیق علی الشرط فلیتدبر الثالث انه قد یقال انّ الشّروط فی العبادات الصّرفة غیر سائغة فشرط السّفر و الحضر فی الصّوم و شرط الاعتکاف و الإحرام علی خلاف القاعدة و الظّاهر انّ المراد به فیها معنی الإلزام و الالتزام علی سبیل الاستقلال لا علی سبیل الرّبط و الانضمام و یحتمل ان یکون صوریّا محضا و امّا الإیقاعات فلا تدخل فیها الشروط لانّ الشّرط بحسب العقد یستدعی إیجابا و قبولا و هما منتفیان فیها و اما الشّرط فی

العتق فإنّما هو للدلیل علی خلاف القاعدة و امّا العقود اللّازمة بالأصل فلا خلاف و لا إشکال فی جریان الشروط فیها بل الاجتماع بقسمیه علیه و الأخبار به عموما و خصوصا مستفیضة بل متواترة معنی و امّا العقود اللازمة بالعارض فقد مثّل لها بعضهم بالهبة المعوّضة و للرّحم و للثواب و حکم بأنّه یجری فیها حکم اللّازم بالأصل قال و انّما تفترقان فی الأثر فإنّ الشرط فی العقود اللّازمة بالذّات توجب الخیار بالتخلّف عنها بخلاف اللّازمة بالعرض فانّ الظّاهر انّ الإخلال به فیها لا یوجب الّا العصیان و أقول أوّلا انّ التمثیل للّازم بالعرض بالهبة المعوّضة و للرّحم و للثواب لا وجه له بل هی من اللّازم بالذّات لوقوعها لازمة من حین حدوثها لا انّها تقع جایزة ثمّ یعرضها اللّزوم و ثانیا انّ التفرقة بین اللازم بالذّات و اللازم بالعرض بثبوت الخیار بتخلّف الشّرط المذکور فی ضمن الأوّل دون الثانی لا وجه له ضرورة انّ ملاک ثبوت الخیار بتخلّف الشّرط موجود فیهما علی السّواء و التفرقة ممّا لا شاهد علیها فتدبّر و امّا العقود الجائزة من الجانبین و إن کانت فعلیّة فلا یلزم الوفاء بالشرط المذکور فی ضمنها إذ لا معنی للزوم التابع مع جواز المتبوع لکونه من مزیّة الفرع علی الأصل نعم فائدة الشرط فیها الوجوب مع قید الاستمرار علی المشروط فیکون من قبیل الوجوب الشرطی و امّا

ص: ۱۴۶

العقود الجائزة من جانب و اللّازمة من أخر ففى الشرط المذكور فى ضمنها وجوه أحدها اللزوم لعمومات الشّروط خرج الشرط المذكور فى ضمن العقد الجائز من الطّرفين بالإجماع و بقى الجائز من طرف واحد تحت العموم ثانيها عدم اللزوم (- مط-) نظرا إلى انّ العموم لا يشمل الفرض بعد كون الشرط عبارة عمّا التزم به فى ضمن عقد و كون غيره وعدا و استلزام لزوم الشرط مع عدم لزوم العقد المذكور فيه الشرط مزيّة الفرع على الأصل ثالثها ملاحظة حكم كلّ جانب بالنسبة إليه نظرا إلى انّ من كان العقد لازما من طرفه قد التزم بالمعاملة و التزم بالشرط فى ضمنها فلزوم الشرط من جانبه لا يستلزم مزيّة الفرع على الأصل بخلاف من كان العقد جائزا من جانبه فان محذور مزية الفرع على الأصل قائم فى جانبه فتدبّر الرّابع انّ الشرط ليس تعليقا للعقد و لا لدوامه و لا للزومه و انّما هو إلزام أخر مرتبط بالعقد فلا يفترق الحال بين ذكره بلفظ الشرط أو بأدواته مع قصد عدم التّعليق لكن ربّما يظهر من بعض الأصحاب عدم جواز ذكره بالإدارة و اعتبار كونه بلفظ الشرط و لعلّ ذلك لصراحة الأداة فى التعليق مع انه غير مقصود و مطابقة الدال للمدلول معتبرة فى العقود و الشرط يرجع إلى كيفيّة فى العقد الخامس انه قد اشتهر على السنة الفقهاء (- رض-) انّ الشّروط كأحد العوضين فى جميع الأشياء و قد يقال انه ليس على ظاهره بل المراد بذلك شبهها بالعوض فى بعض الوجوه كثبوت الخيار عند عدمها كما فى تبعيض الصّفقة و أمثاله و لذلك تصحّ فى المنافع و الحقوق و لا يعط عليها الثمن و ان تفاوت الثمن و المثمن من أجلها نقصا و زيادة من البائع و المشترى كالأجل و يجترى فيها من العلم بما يجترى به فى الصّلح أو المعاطاة و العقود الجائزة كما يبنى عن ذلك شرط ضمان الغرامة و اشتراط الحمل و إسقاط الخيارات و شرط النفقة للخادم و مئونة الدّابة و انّ كلّ ما يقترضه للمعاملة بينهما و شرط الزكاة على المشترى من حاصل الزّرع و شرط اجرة الوزان و الميزان و الكيلة و المكيال و النّقاد و نحوها و دعوى خروج ذلك كلّه بالدليل لا وجه لها و كفانا فى ذلك عموم أدلّة الشروط بل و عموم أدلّة العقود بالنّسبة إليها و ان تقيّدت بالنّسبة إلى نفسها كما فى البيع بنواهى الغرر فما يظهر من تضاعيف كلمات كثير منهم من انّ الشّرط بمنزلة الثمن فيكون حكمه حكمه على اختلاف احكامه باختلاف العقود فيعتبر فى شرط البيع ما يعتبر فى ثمنه و فى شرط الصّلح ما يشترط فى ثمنه و هكذا ليس على ظاهره ظاهرا و الّا فلا دليل عليه و احتمال كونه كالثمن فى البيع (- مط-) و لا يختلف باختلاف العقود فيكون فى باب الصّلح اسوء من ثمنه بعيد جدّا كما لا يخفى

[أحد الشروط فى صحة الشرط كونه داخلا تحت القدرة]

قوله طاب ثراه ان يكون داخلا تحت قدرة المكلّف (- اه-)

الغرض من ذلك اعتبار كونه مقدورا له عادة و لا يضرّ فى ذلك احتمال عروض المانع منه فيما بعد ذلك كما انّه لا ينفع احتمال عروض القدرة بعد ذلك فيما كان غير مقدور عادة فعلا فما لا يخدل تحت قدرته عادة و ليس من فعله لا يجوز اشتراطه و ذلك كجعل الزّرع سنبلا حيث انّه من فعل اللّه (- تعالى-) و كذا لا يجوز اشتراط ما كان فعل غيره ممن لا سلطنة له عليه مثل عبده فلو شرط عليه عمل عبده صحّ لعدّ العرف إيّاه قادرا عليه بسبب قدرته على إلزام عبده به بخلاف ما لو شرط عمل أجنبىّ فإنّه لا يدخل تحت قدرته عادة فيكون اشتراطه سفها نعم لا بأس به إذا كان مرجع اشتراط فعل الغير إلى تسبيب المشروط عليه اقدام ذلك الغير على ذلك العمل كما لو قال بعتك هذا و اشترطت عليك ان تستأجر زيدا لان يخيط ثوبى مع كون استيجاره زيدا للخياطة ممكنا عادة و نظير ذلك ما لو باعه الزّرع و التزم بان يخدمه إلى ان يصير سنبلا و كذا لو باع البسر و التزم بان يخدمه إلى ان يصير تمرا بقى هنا شىء و هو انّه ان باع شيئا و اشترط المشترى على أجنبى فى ضمنه عملا و التزم ذلك الأجنبىّ بذلك فالأظهر عدم لزوم ذلك الشرط لانّ الشرط عبارة عن التزام فى ضمن التزام أخر مع اتّحاد الملتزم بهما جميعا و اللزوم انّما يلحق الالتزام الثانى بسبب اتّصاف الالتزام الأوّل به و لذا قلنا بعدم لزوم الشرط فى ضمن العقد الجائز لاستلزام مزيّة الفرع على الأصل فالالتزام من الأجنبى المذكور لا

يندرج فی عنوان الشّرط حتّی يشمله عموم النّبویّ صلّی اللّه عليه و آله بل هو و عدلا يجب الوفاء به بل يستحبّ فما صدر من بعضهم من استظهار لزوم ذلک نظرا إلی شمول النبوی له اشتباه فتدبّر

قوله طاب ثراه لكنّ انّ المراد به (- اه-)

قد سبقه فی هذا الاستظهار الشهيد (- ره-) فی بعض حواشيه كما ستسمع عبارته و فيه نظر ظاهر لانّ مجرّد كون اشتراط حدوث فعل مباح من المشروط عليه ممّا لا يرتكبه العقلاء لا يمنع من تعرّض الفقهاء (- رض-) لعدم صحّته و استبعاد بيانه من شأن الفقهاء لا وجه له لأنّ شأن الفقيه تميز ما يجوز و يصحّ ممّا لا يجوز و لا يصح سواء كان عدم الصّحة لعدم كونه عقلائيّا أو لجهة أخرى و لهذا قال فی (- لک-) بعد نقل هذا الاستظهار عن الشهيد (- ره-) انّه حسن ان أرادوه و ان اشترک الأمران فی البطلان انتهی فان ظاهره التأمّل فی إرادتهم ذلک و هو فی محلّه سيّما بالنّسبة إلی عبارة (- يع-) الآتية و نحوها ممّا اشتمل الجعل علی ضمير يعود إلی البائع

قوله طاب ثراه قال الشهيد فی محكی حواشيه عبارته المحكية

هكذا المراد به ای باشتراط جعل الزّرع سنبلا و البسر تمرا اشتراط ان يجعل اللّه الزّرع سنبلا له لا اشتراط ان يجعله البائع سنبلا فان ذلک و ان كان باطلا (- أيضا-) الّا انّه غير مراد هنا لأنّهم إنما يفرضون ما يجوز ان يتوهّم العاقل لا ما يمنعه انتهی

قوله طاب ثراه مضافا إلی عدم الخلاف فيه (- اه-)

قد احتجّ بعضهم للشرط المذكور بالإجماع و فيه انّ المحصّل منه غير حاصل و المنقول ليس بحجّة كما نقّحنا القول فی ذلک فی المطارح هذا مع ظهور الخلاف فی ذلک من الشيخ و القاضی كما سيشير اليه الماتن (- ره-) و يتصدّی للتوجيه و ستعرف ما فی التوجيه إنشاء اللّه (- تعالی-)

قوله طاب ثراه عدم القدرة علی تسليمه (- اه-)

هذه الجملة خبر لقوله فالوجه و حاصله التمسّک لاعتبار الشرط المذكور بقاعدة الغرر و فيه منع الغرر بذلک سيّما مع الجبر بالخيار و ربّما استدلّ بعضهم لاعتبار الشرط المذكور بوجه أخر و هو مخالفته للكتاب و السّنة بل و العقل (- أيضا-) لاستحالته إمضاء الشارع لذلک بل المنع منه لعلّه اولی من المنع عن الشرط المحلّل للحرام و أنت خبير بان لازم ذلک رجوع هذا الشرط إلی اشتراط عدم المخالفة للكتاب و السّنة فلا يكون لتخصيصه بالعنوان و جعله شرطا أخر فی قبال ذلک وجه فالأولی فی نظری القاصر تعليل الشرط المذكور بانّ ما يدخل تحت قدرة المكلّف و لا يرجع إلی إرادته و مشيّته مما يحتمل الوقوع و عدم الوقوع فيكون مرجع اشتراطه فی ضمن العقد تعليقا للعقد علی حصوله و التعليق فی العقود مبطل لها و يمكن تعليله بان ما لا يدخل تحت قدرة المكلّف لا يعقل التزامه بإيجاده فإن التزم كان التزامه لغوا و كذبا فلا يؤثر بل ربّما يمكن استفادة هذا الشرط فی صحّة الشّروط من أدلّة الشروط نظرا إلی انّ الشرط هو الإلزام و الالتزام فمعنی قوله صلّی اللّه عليه و آله المؤمنون عند شروطهم لزوم التزام المؤمنين بالزاماتهم و التزاماتهم و اقدامهم علی أدائها و هذا المعنی غير متأت فيما لا يدخل

ص: ۱۴۷

تحت قدرته ضرورة عدم صحّة أمر غير القادر على شيء به فالشرط المذكور لا ريب فى اعتباره فى صحّة الشرط و لا اشكال

قوله طاب ثراه و يمكن توجيه كلام الشيخ (- ره-) (- اه-)

فيه انّ ظاهر كلام الشيخ و القاضى المحكيين ابيان عن هذا التوجيه و المدار فى تشخيص الوفاق و الخلاف انّما هو على ظواهر كلماتهم كما لا يخفى

قوله طاب ثراه الّا ان يحمل على صورة الوثوق (- اه-)

قد يعترض عليه بانّ هذا الوثوق قد يحصل بالنّسبة إلى فعله تعالى و لو بدعاء و نحوه فينبغى على ما ذكره الحكم بصحّته (- أيضا-) و لا أظنّه يلتزم بذلك و مجرّد غلبة الوثوق فى فعل غيره تعالى و عدمها فى فعله (- تعالى-) غير قاض بالفرق بينهما مع انّه لا فرق بين اشتراط بيعه (- مط-) و على زيد فيما يرجع إلى القدرة و عدمها مع ظهور إجماعهم على صحّة الأوّل فكذا الثانى فالّذى يظهر انّ الجميع ممّا يدخل فى قدرته و لو لانّه الجزء الأخير من العلة عند اجتماع غيره من الأجزاء و الشرائط أو لإمكان تحصيله و لو بالوسائط البعيدة و ذلك كاف فى ذلك نعم لو انكشف عدم قدرته عليه أصلا تبين عدم صحّته من حين الاشتراط كما لو نذر فعل شيء بزعم القدرة عليه فتبيّن عدمه إذ هما مشتركان فى الإلزام بالمقدور واقعا كسائر الملزومات الشرعيّة و العادية بخلاف تجدّد العجز عنه بعد القدرة عليه فإنه قد يسلّط على الخيار كما جزم به بعضهم فتأمّل و لو لا ادارة الحكم مدار صحة توجيهه بالأمر بالإتيان به فإن كان توجيه الخطاب صحيحا كان اشتراطه جائزا و الّا فلا

قوله طاب ثراه و من افراد غير المقدور ما لو شرط (- اه-)

قد صرّح بفساد نحو هذا الشرط جمع من الأواخر معلّلين بعدم دخول ذلك تحت قدرته لكون المرجع فيه الشرع و الأولى تقرير الدّليل بأنّ أدلّة الشروط لا تفيد الّا كونه من الملزمات لما هو فعل مشروع جائز كالنّذر و العهد لا انّه مؤسس و مشرّع لما علم عدم مشروعيّته أو شكّ فيه و (- ح-) فلا يصحّ الاشتراط لما علم شرعيّته و بالجملة فالصّحيح من الشّرط هو اشتراط ما علم من دليله حصوله بمطلق ما يدلّ على الالتزام به و على هذا فلا يجوز اشتراط فراق الزّوجة من غير طلاق نعم يصحّ اشتراط إيقاع الصّيغة المقتضية للطّلاق و نحوه و يجوز اشتراط الوكالة و تحمل كلفة الأعمال و ان لم يذكر صيغة بل يستحقّ العمل عليه بنفس الشّرط لعدم توقّف حل استيفائه منه عليها إذ لا ريب فى جواز تبرّعه به و قبوله منه بل ربّما قيل بجواز اشتراط ملك عين مخصوصة و انّه يملكها بنفس الشّرط من غير حاجة إلى تجديد عقد الهبة لأنّها من العقود الجائزة الّتى لا يعتبر فيها لفظ خاصّ فيكفى (- ح-) عبارة الشّرط مع القبول فى تحقّق أثرها كاشتراط الوكالة و غيرها الّا انّه ربّما استشكل صاحب الجواهر (- ره-) فى حصول الملك قبل القبض لاعتباره فيها قال و (- ح-) يكون المراد بما فى الشرط من الملك ملك ان يملك ثمّ قال اللّهم الّا ان يقال انّها فى الفرض كالهبة المعوّضة بناء على اشتراط الملك فيها بالقبض ثمّ قال فتدبّر جيدا فانّ ذلك كلّه كما ترى ضرورة وفاء دليل الشرطيّة بصحّة اشتراط آثار العقود على وجه يلحقه حكم العقد الّذى لا يتناول الشّرط نعم قد يقال بصحّة اشتراط اثر العقد الّذى لا دليل على انحصار سببه فى العقد الّذى هو من أسباب حصوله كالملك الّذى ليس فى الأدلّة ما يقتضى انحصار سببه فى الهبة و نحوها و إن كان الهبة تفيده لا انّه منحصر فيها فهو (- ح-) ملك شرطى لا ملك الهبة الّتى هى اسم للعقد المخصوص المعلوم عدم كون الشرط منه بل لعلّ الحرية (- أيضا-) (- كك-) فيصحّ اشتراطها على وجه يكون هو السّبب فى حصولها و ليس ذلك من العتق الّذى هو عبارة عن الإيقاع المخصوص و (- ح-) فالضّابط فى الأثر الّذى يجوز اشتراطه هو ما لا دليل على انحصاره فى سبب خاص من عقد أو إيقاع و إن كان يحصل بهما فيشمله (- ح-) عموم المؤمنون و امّا ما دلّ على انحصاره فى السبب المخصوص الّذى هو عقد أو إيقاع فلا يصحّ اشتراطه للتعارض من وجه و لا ترجيح و الأصل عدم ترتّب الأثر انتهى كلامه علا مقامه و هو جيّد فى الغاية و بما ذكره يظهر الحال فى المشكوك ضرورة تحكّم أصالة عدم ترتّب الأثر و عدم ارتفاعها الّا بجريان عموم الشروط المتوقّف على العلم بقابلية

المشروط للاشتراط الغير الحاصل بالعموم بعد البناء على عدم جواز التمسّك بالعمومات فی الشبهات المصداقيّة و لعلّ ذلك يزداد وضوحا فيما يأتی إنشاء اللّه تعالى

[الثانی من شروط صحة الشرط كون الشرط سائغا فی نفسه]

قوله طاب ثراه الثّانی ان يكون الشرط سائغا فی نفسه (- اه-)

اعتبار هذا الشرط ممّا لا خلاف فيه ينقل و لا اشكال يحتمل لوضوح عدم معقوليّة لحوق إمضاء الشّارع بالحرام و فی موثق إسحاق الآتی كفاية لكن فی جعل هذا الشرط شرطا مستقلّا مغايرا لاشتراط عدم المخالفة للكتاب و السّنة نظر ظاهر فان غير السّائغ مخالف للكتاب و السّنة فكان يغنی عن هذا الشّرط اشتراط عدم المخالفة الّا ان يكون ذكر اشتراط عدم المخالفة للكتاب من باب ذكر العام بعد الخاصّ و لكن ذلك لا يكون عذرا فی ذكر الخاصّ و هو اشتراط عدم تحليل الحرام و عدم تحريم الحلال و لعلهم تبعوا النّصوص فی ذكرهما عنوانين و فی تفسير المحلّل للحرام و المحرم للحلال مسالك يأتی الإشارة إليها من الماتن (- ره-) و يأتی منا شرحه إنشاء اللّه تعالى

[الثالث من شروط صحة الشرط أن يكون فيه غرض عقلائی]

قوله طاب ثراه بمكيال معيّن أو ميزان معيّن (- اه-)

غرضه المكيال المعيّن من افراد المكاييل المتساوية فی المقدار و الميزان المعيّن من افراد الموازين المتساوية فی المقدار و الّا فالتعيين فی صورة اختلاف المكاييل و الموازين لازم فضلا عن ان يكون جائزا

قوله طاب ثراه و الوجه فی ذلك انّ مثل ذلك لا يعدّ حقّا (- اه-)

يمكن تعليل ذلك بوجه أخر و هو ان الإمضاء إنّما لحق العقود و الشروط العقلائيّة فالعقد أو الشرط الّذی لا غرض معتدّا به فيه للعقلاء لا يستعقب الأكثر لكونه خارجا عن العمومات الممضية داخلا تحت أصالة الفساد و عدم الاعتبار

قوله طاب ثراه و لو شكّ فی تعلّق غرض صحيح به حمل عليه (- اه-)

لعلّ الوجه فی ذلك انّ الأصل فی كل عقد أو شرط صدر من عاقل بالغ هی الصّحة و التضمّن للغرض الصّحيح و المانع من جريان العمومات انما هو اللغويّة و الخلوّ عن الفائدة فإذا شك فی وجود المانع أحرز عدمه بالأصل لكن هذا انّما هو بناء على كون الخلوّ عن الغرض العقلائی المعتدّ به مانعا كما هو مقتضى مستند الشرط المذكور و امّا لو كان التضمّن للنّفع المعتد به شرطا فالأصل يقتضی خلاف ذلك لانّ الأصل عدم حصول الشرط كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و لاستغراق أوقاته بالخدمة (- اه-)

و هذا بخلاف العبد المسلم فإنّه لا يجب عليه الخدمة فی أوقات العبادات الموقّتة المضيقة

قوله طاب ثراه و من انّ الإسلام يعلو (- اه-)

لعلّ نظره فی التمسّك بالنص إلى انّ اشتراط كون العبد كافرا إعلاء للكفر و فيه نظر ظاهر لمنع كونه إعلاء له لأن المقصوديّة فی البيع لا تقتضی العلوّ فی الرّتبة و المانع من صحّة الشّرط انّما هو الخلوّ عن الفائدة و الغرض تعلّق الغرض بالشرط المذكور فيصحّ

[الرابع من شروط صحة الشرط أن لا يكون مخالفا للكتاب و السنة]

قوله طاب ثراه ففی النبوی المروی صحيحا (- اه-)

الّذی عثرت عليه بهذا المضمون هو ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن علی بن إسماعيل الميثمی عن حمّاد عن عبد اللّه بن المغيرة

عن ابن سنان عن أبی عبد اللّه علیه السلام فی رجل قال لامرئته ان نکحت علیک أو؟؟؟ فهی طالق قال لیس بذلک شیء انّ رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله قال من اشترط شرطا سوی کتاب اللّه فلا یجوز ذلک له و لا علیه و طریق الشیخ (- ره-) الی علیّ بن إسماعیل صحیح و کذا من بعد علیّ بن إسماعیل و اما

ص: ۱۴۸

هو فحسن كالصّحيح و لعلّ الماتن (- ره-) عثر عليه من طريق صحيح فوصفه بالصّحة

قوله طاب ثراه و فى المروى موثقا (- اه-)

أشار بذلك إلى الموثق الّذى رواه الشيخ (- ره-) بإسناده إلى الصّفار عن الحسن بن موسى الخشّاب عن غياث بن كلوب عن إسحاق بن عمّار عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام انّ علىّ بن أبى طالب عليه السلام كان يقول من اشترط لامرئته شرط (- إلخ-) ما فى المتن

قوله طاب ثراه و فى صحيحة الحلبى (- اه-)

لم أقف للحلبى على رواية إلّا واحدة متنها لا يخلو من تغاير لما فى المتن و سندها ضعيف بعلىّ بن حديد و هى ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن احمد بن محمّد بن عيسى عن علىّ بن حديد عن ابى المعزى عن الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى رجلين اشتركا فى مال و ربحا فيه ربحا و كان المال دينا عليهما فقال أحدهما لصاحبه أعطنى رأس المال و الريح لك و ما قوى فعليك فقال لا بأس به إذا اشترط عليه و إن كان شرطا يخالف كتاب اللّه فهو ردّ إلى كتاب اللّه عزّ و جلّ الحديث و لعلّ الماتن (- ره-) وقف على ما غفلنا عنه

قوله طاب ثراه و فى صحيحة ابن سنان (- اه-)

قد رواها ثقة الإسلام (- ره-) عن عدّة من أصحابه عن سهل بن زياد و احمد بن محمّد جميعا عن ابن محبوب عن عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال سمعته يقول من اشترط (- اه-)

قوله طاب ثراه و فى صحيحة أخرى (- اه-)

قد رواها الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن نضر بن سويد عن عبد اللّه بن سنان عن ابى عبد اللّه عليه السلام قال المسلمون عند شروطهم (- اه-) و له صحيحة ثالثة رواها الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن ابن سنان قال سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الشرط فى الإماء لا تباع و لا توهب قال يجوز ذلك غير الميراث فإنّها تورث لانّ كلّ شرط خالف الكتاب باطل

قوله طاب ثراه و فى رواية محمّد بن قيس (- اه-)

هذه الرواية حسنة و قد رواها الصّدوق (- ره-) بإسناده عن محمّد بن قيس مع زيادة قوله و أصدقته هى بعد قوله تزوج أمرية

قوله طاب ثراه و فى معناها مرسلة ابن بكير (- اه-)

قد رواها الكلينى (- ره-) عن محمّد بن يحيى عن احمد بن محمّد عن ابن فضّال عن ابن بكير عن بعض أصحابنا عن أبى عبد اللّه عليه السّلام

قوله طاب ثراه و فى رواية إبراهيم بن محرز (- اه-)

لا يخفى عليك كونها أجنبية عن مفروض البحث فلا وجه لعدّها من جملة؟؟؟ المسئلة لعدم كون موردها من الشرط فى ضمن العقد بل هو تفويض كما لا يخفى

قوله طاب ثراه فاشتراط ولاء المملوك انما جعل فى النبوى مخالفا لكتاب اللّه بهذا المعنى (- اه-)

و ذلك لانّه ليس فيما بأيدينا من الكتاب ما يخالف ذلك و انّما هو مخالف للسّنة التى قال عليه السّلام فى بيانها الولاء لمن أعتق هذا و لكن قد يقال انّ خبر إبراهيم بن محرز و؟؟؟ مسلم ظاهر ان فى كون المراد بالكتاب القران المجيد حيث ساق عليه السلام بعد بيان فساد الشرط المخالف للكتاب الآيات و عليه فيلزم تقييد إطلاق الأخبار المذكورة الدالة على جواز كلّ شرط لم يخالف الكتاب بحسنة محمد بن قيس المزبورة الناطقة بفساد الشرط بمخالفتها للسّنة لكن الإنصاف ان لا تعارض بين النبوى و بين خبرى إبراهيم و

ابن مسلم لانّ ظاهر النبویّ کون الکتاب مطلق ما کتبه اللّه علی عباده من احکام الدّین فیشمل ما فی الکتاب و ما فی السّنة و ظاهر الخبرین کون ما فی الکتاب ممّا کتبه اللّه تعالی فلا تعارض بینهما فیعمل بهما و یحکم بکون کتاب اللّه تعالی مطلق ما کتب اللّه تعالی بل یمکن المناقشة فی ظهور الخبرین فی کون المراد بالکتاب القران إذ لیس فیهما الّا الاستدلال علی بطلان الشّرط بالآیة بل الأوّل أجنبیّ من الفرض بالمرة کما عرفت

قوله طاب ثراه لکن ظاهر النبوی و إحدی صحیحتی ابن سنان (– اه–)

تصدیر العبارة بکلمة لکن لا وجه له لعدم ارتباطها بسابقها و کون ما فیها مطلبا أخر ثمَّ انّ وجه ظهور النبوی و الصّحیحة الأولی لابن سنان فی اعتبار الموافقة واضح امّا فی النبوی فلجعله (– ص–) عدم کون الشرط فی کتاب اللّه مانعا من صحّته و امّا فی صحیح ابن سنان فلتقییده الشروط بالموافقة لکتاب اللّه تعالی بخلاف بقیّة الأخبار حیث جعلت المخالفة للکتاب مانعة من صحّة الشرط

قوله طاب ثراه نظرا إلی موافقة ما لم یخالف کتاب اللّه بالخصوص لعموماته (– اه–)

فالموافقة للکتاب (– ح–) لیست علی ظاهرها و هی الموافقة بالخصوص بل أعمّ منه و من الموافقة لعموماته کما لا یخفی

قوله طاب ثراه و فیه انّ ما ذکر لا یوجب الانحصار فان التزام (– اه–)

(۱۱) لا یخفی علیک انّ ما ذکره من الجواب غیر متّجه ضرورة انّ مخالفة التزام فعل الحرام للکتاب المحرّم له لا یستلزم مخالفة التزام ترک المباح (– أیضا–) للکتاب و القائل انّما ادّعی عدم مخالفة التزام ترک المباح للکتاب و المجیب قد اعترف (– أیضا–) بذلک و فعل الحرام و ان کان مخالفا للکتاب الّا انه من قبیل مخالفة نفس المشروط و الملتزم للکتاب و امّا الالتزام بالحرام فلیس مخالفا للکتاب لعدم الدّلیل علی حرمة نفس الالتزام و انما المحرّم نفس الملتزم به امّا الخبر المزبور الدال علی کون اشتراط ترک التزوّج و التسری مخالفا للکتاب فیأتی الوجه فیه إنشاء اللّه تعالی

قوله طاب ثراه ثمَّ ان المراد بحکم الکتاب و السّنة (– اه–)

(۱۲) غرضه بذلک بیان معنی المخالفة للکتاب و السّنة و تفسیرها علی وجه یرتفع ما یخطر ببال النّاظر فی الأخبار المزبورة المشترطة فی صحّة الشّرط عدم مخالفته للکتاب و السّنة من الإشکال و تقریر الإشکال انّه إن کان المراد بالمخالفة المنافاة لما دل علی ذلک من عموم الکتاب و السّنة و إطلاقاتهما لزم ان یکون کلّ شرط مخالفا للکتاب و السّنة فان من شرط فی البیع ان یعطیه دینارا زائدا علی ثمن المبیع فقد خالف عموم الکتاب و السّنة الدالین علی عدم وجوب ذلک و (– ککّ–) من شرط علیه عتق المبیع أو بیعه من زید أو شرط خیارا فی البیع و نحو ذلک فقد شرط ما یخالف ما دلّ من الکتاب و السّنة علی عدم لزوم العتق و البیع و لزوم العقد فأین الشرط الغیر المخالف لهما و لازم ذلک هو الاستثناء المستغرق الموجب للبطلان و إن کان المراد من المخالفة مخالفة الأحکام المنجّزة فی الکتاب و السّنة التی لا یصحّ فیها اشتراط خلافها فیکون المعنی الّا ما خالف ما دلّ من الکتاب و السّنة علی حکم غیر قابل لاشتراط خلافه و لازمه ان کلّ مقام لا ندری ان هذا ممّا یمکن اشتراطه أو لا یمکن لا یجوز لنا التمسک بعموم المؤمنون عند شروطهم لانّ عموم الشّروط انّما هو فی مقام لم یکن إطلاق الکتاب و السّنة قاضیا بعدم جواز شرط خلافه و نحن لا نعلم ذلک الّا بعد العلم بصحّة اشتراط خلافه و الفرض انّه (– أیضا–) یتوقّف علی شمول هذه العمومات فیلزم الدّور و ان علم من الخارج جواز اشتراط خلافه أو عدم جوازه فلا بحث فیه و لازم هذا الکلام سقوط هذه العمومات من الحجیة بالمرّة مضافا إلی انّ المعیار فی معرفة المنجز من حکم الکتاب و السنة و ما یجوز فیه اشتراط الخیار غیر موجود فانّ ظاهر ما اقتضاه الکتاب و السّنة هو تسلّط النّاس علی أموالهم و برأیه ذممهم عن التّکلیف و لزوم العقد و نحو ذلک و من این یعلم انّ هذا مقیّد بما إذا لم یشترط خلافه أو مطلق قابل للتقیید أو غیر قابل و غایة ما فی الباب تعارض عمومات الشروط مع ما دلّ من الکتاب و السّنة علی الحکم بالعموم من وجه و کما یمکن تقدیم جانب الکتاب یمکن ترجیح جانب الشروط و توهّم انّ التعارض فرع التکافؤ و لیس لأنّ أدلّة الأحکام مطلقة و عمومات الشروط مقیدة بعدم المخالفة للکتاب و السّنة

ص: ۱۴۹

فحيث وقع التّعارض يسقط دليل الشّرط لانّه من موارد المخالفة مدفوع بما ذكر من استلزام ذلك بطلان الشّروط بأجمعها لعدم خلوّها عن المخالفة الكتاب بعموم أو خصوص و حيث أشكل الحال بما ذكر تصدّى جمع من الأواخر للكلام فى معنى المخالفة للكتاب و السّنة على وجه يرفع الإشكال و لهم فى ذلك طرق و مسالك أحدها ما فى المتن و حاصله اختيار الشق الثّانى و الجواب عن اشكال الدّور بإحراز عدم قضاء إطلاق الكتاب و السنة بعدم جواز شرط خلافه و أصالة عدم المخالفة الرّاجعة إلى أصالة عدم ثبوت الحكم على وجه لا يقبل تغييره ثمّ التمسّك بعموم المؤمنون عند شروطهم و أنت خبير بما فى تماميّة هذا الأصل من النّظر و ذلك لإمكان ان يقال انّ مجرى الأصل انّما هو حيث ثبتت المخالفة لتحكم الشرعى و كان الشكّ فى انّ الحكم المخالف هل هو قابل للتغيير أم لا فأصالة عدم المخالفة لا مجرى لها إذ لا شكّ فى المخالفة بل الشكّ فى القابلية للتغيير فالأصل عدم القابليّة و امّا أصالة عدم ثبوت الحكم على وجه لا يقبل التّغيير بالشّرط فلا مجرى لها (- أيضا-) بعد وضوح ثبوت الحكم و رجوع الشكّ إلى قابليّة للتّغيير و عدم قابليته فإنّ الأصل إنّما يجرى فى مورد الشك فاذا كان الشكّ فى الفصل لا يجرى الأصل فى الجنس باعتبار دخول الفصل فيه فإنّه إذا علم كون حيوان فى الدّار و شكّ فى كونه ناطقا أم لا لا يجرى أصالة عدم وجود الحيوان النّاطق بل أصالة عدم كون الحيوان ناطقا فكذا هنا لا يجرى أصالة عدم ثبوت الحكم على وجه لا يتغيّر لمعارضتها بأصالة عدم ثبوته على وجه يتغيّر بل انّما يجرى أصالة عدم قابليّته للتغيير و لا مجال للتعلق بأصالة عدم منع المخالفة الخاصة من صحّة الشرط امّا أوّلا فلدلالة النصوص على قدح المخالفة و اما ثانيا فلكون أصالة عدم القابليّة للتغيير سببيّة لأنّ الشكّ فى منع المخالفة الخاصّة ناشئ من الشكّ فى القابليّة للتغيير بالشّرط كما لا يخفى فالحقّ انّ المدار فى المخالفة المقتضية لفساد الشّرط مخالفته للحكم الثّابت بعموم الكتاب أو السنة أو خصوصهما مطلقهما أو مقيّدهما مع ثبوت عدم قابليّة ذلك الحكم للتغيّر بمغير من شرط و نحوه و (- ح-) نقول انّ الشّروط على أقسام فمنها ما هو موافق للكتاب و السنة و لا إشكال فى صحّته و منها ما هو مخالف للحكم الشرعى الظاهر من دليله عدم التغيير بشىء من الشرط و نحوه و هذا لا إشكال فى فساده و منها ما خالف الحكم الظّاهر من دليله القابليّة للتغيير بالشرط و هذا لا إشكال فى صحّته و منها ما خالف الحكم المشكوك فى كونه على وجه يقبل التغيير أم لا و هذا هو محل الإشكال و التوقّف و عدم البناء على صحّته فالشّرط المخالف للحكم الشرعى وضعيّا كان أو تكليفيّا لا يصحّ الّا إذا علم من دليله القابليّة للتغيير بالشرط أو علم من دليله كونه حقّا لا حكما محضا فما شكّ فى قابليّته للتغيير لا يصحّ بعد وجود المخالف له من الكتاب و السّنة و على ايّ حال فاصل الإشكال يرتفع باختيار الشق الأوّل و منع اللّزوم بفهم القابليّة بالتغيير من جملة من أدلّة الأحكام أنفسها فضلا عمّا قام الدّليل من نصّ أو إجماع على جوازه حيث يكون ذلك قرينة على قابليّة الحكم المخالف له للتغيّر كما لا يخفى و ان شئت نبّهناك على بعض ما يقتضيه التأمّل مثل انّه عليه السلام حكم بفساد اشتراط كون الطّلاق و الجماع بيد المرية فى رواية محمّد بن قيس المزبورة و بكونها مطلقة قهرا ان تزوّج عليها أو تسرّى أو هجرها فى خبر ابن مسلم المتقدّم و حكم بصحّة اشتراط ان لا يطلقها أو لا يتزوّج عليها مع اقتضاء الكتاب و السنة جواز التزويج و التطليق فكما انّ اشتراط كونها مطلّقة مخالف لقوله (- تعالى-) فَانْكِحُوا مٰا طٰابَ لَكُمْ مِنَ النِّسٰاءِ كما أفاده الإمام عليه السلام فكذا اشتراط ان لا يتزوّج عليها مخالف للاية فيشكل الحال فى تجويز الثّانى و المنع من الأوّل و حلّه و اللّه العالم انّ جواز النّكاح للرّجال الثابت بالآية قابل للتبدّل كما يكشف عن ذلك حرمته مع الضّرر مثلا فجوز عليه السلام اشتراط تركه و امّا المنع من اشتراط كونها مطلقة ان تزوّج عليها فتعليله عليه السلام له بالآية لعلّه صورى و انّما المانع من صحّته منافاته لكون الطّلاق بيد من أخذ بالسّاق الظّاهر دليله فى عدم القابليّة للتغيّر و بالجملة فالتميّز بين الموارد يحتاج إلى فهم صائب وفّقنا اللّه تعالى و إيّاك لذلك ثانيها ما سلكه الفقيه الغروى (- ره-) من انّ المتبادر من مخالفة الكتاب و السنة مخالفة

ما ثبت منهما بالخصوص على نحو نعلم انّ الحكم (- كك-) من دون تعلّقه بشىء أخر و ان هذه العبارة ليست الا كقوله اطلع أباك إلّا فيما خالف الشرع أو قول الرّجل لصديقه انّى أطيعك و اسمع قولك الّا فيما خالف أمر اللّه تعالى فان معناه انّ أمر الأب أو المولى

أو الصّدیق مثلا (- أیضا-) من الملزمات سواء کان بإلزام الشرع أو بالتزام المکلّف بنفسه و یکون المراد انّ مع قطع النظر عن الأمر و نهیه یلاحظ الشرع فان کان للشرع أمر و نهی و جعل فی هذه الواقعة فالمتّبع ذلک و ان کان الشّارع رخّص فی ذلک أو سکت و لم یحکم بأحد الطّرفین فالمتبع فی ذلک أمرک فکذا فی الشرط فان مقتضی الدلیل ان الشرط (- أیضا-) من الملزمات لأحد الطرفین امّا الفعل أو التّرک فان کان هناک للشّارع حکم بأحد الطرفین إلزاما فلا عبرة بالشّرط لو خالفه کتعارض اطاعة المولی و الأب مع اطاعة الشّارع و ان لم یکن (- ککک-) فالمتّبع الشّرط قال هذا واضح لا اشکال فیه فنقول امّا الأحکام الشّرعیّة وضعیّة کانت أو تکلیفیّة لو اشترط تغیّرها عمّا هی علیها کاشتراط حرمة الماء أو حلّ الخمر أو عدم ضمان الغاصب أو عدم کون البیع مملّکا و نحو ذلک فلا ریب فی بطلانه و لا یحتاج إلی إدراجه فی مخالفة الکتاب و السنة بل لیس معنی المخالفة مثل ذلک إذ الأحکام لیست فی قدرة المکلّفین و شرط أمر غیر مقدور باطل إذ الشّرط یجب الوفاء به کالعقد و لا یشمل دلیل الشرط نحو ذلک حتی یحتاج إلی الاستثناء و هذا ممّا لا یتفوّه به أجنبیّ عن الفنّ فضلا عن الفقیه النبیه و ای معنی لقولک بعتک و شرطت ان لا تکون الصّلوة واجبا أو الجنایة عمدا غیر موجب للقصاص إذ المقصود من الشّرط الوفاء و هذا غیر مقدور حتّی یوفی به و کون المراد بمخالفة الکتاب ذلک کلام یضحک الثّکلی و حیث انّ الشّرط انّما هو فی الأمور المقدورة فیرجع الأمر إلی اشتراط الفعل أو التّرک لا تغیّر نفس الحکم فاذا صار (- ککک-) فنقول شرط الفعل یوجب إلزامه و شرط التّرک یوجب لزوم التّرک فإن کان الفعل المشروط حراما کشرب الخمر و نکاح الخامسة فالشّرط مخالف للسّنة أو للکتاب و (- ککک-) لو کان التّرک المشروط ممنوعا منه کشرط ان لا تصلّی أو لا تصوم أو لا تطأ زوجتک الدّائمة سنة و نحو ذلک و امّا لو کان الفعل أو التّرک ممّا رخّص فیه کطلاق الزّوجة و بیع الدّار و أکل الرّمان و القعود یوم الجمعة فی الدّار و المسیر إلی مکان و نحو ذلک ممّا لا أمر للشّارع فیه و لا نهی فیجوز اشتراط فعله و ترکه من دون اشکال و لیس داخلا فی مخالف الکتاب و السنة و قولنا انّ اشتراط عدم التسرّی و نحو ذلک ممّا خالف السنة انّما هو لنصّ خاصّ و بالجملة فحاصل المراد ان کلّ شرط لو قطع النّظر عن لزوم الشّرط و لوحظ الشّرع لم یرد فیه ما یدل علی الإلزام فیه بفعل أو ترک فلا مانع من اشتراطه کما لا مانع من اشتراط ما یوافق الشّرع فی لزوم الفعل أو التّرک فیکون کالنّذر علی فعل الواجب أو ترک الحرام فیصحّ لانّ علل الشرع معرّفات

ص: ۱۵۰

لا مانع من اجتماعها ثالثها ما سلكه الفاضل النّراقى (- قده-) و يأتى إنشاء اللّه تعالى نقل كلامه عند اشارة الماتن (- ره-) اليه مريدا ببعض مشايخه المعاصرين إيّاه و الحق ما عرفت

قوله طاب ثراه مثل رواية منصور بن يونس (- اه-)

قلت يوافقها فى المؤدّى خبر منصور بن بزرج المتقدّم فى شرح قوله (- قده-) و قد أطلق على النّذر أو العهد أو الوعد فى بعض اخبار النكاح فراجع و تدبّر

قوله طاب ثراه فيمكن حمل رواية محمّد بن قيس (- اه-)

الظاهر انه سهو من قلمه الشريف و ان الصحيح رواية ابن مسلم بدل محمد بن قيس لأنّها الّتى يجرى فيها الحمل الذى ذكره و امّا خبر محمّد بن قيس فصريح فى عدم كون المشروط وقوع الفراق بنفس التزويج بل التزويج سبب لسلطنتها على تطليق نفسها متى شائت نعم لمحمّد بن قيس رواية أخرى قريبة فى المؤدّى لخبر ابن مسلم المتقدّم يحتمل ارادة الماتن (- ره-) برواية محمّد بن قيس تلك بزعم انّ ما نقله تلك و هى ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن محمّد بن علىّ بن محبوب عن محمّد بن الحسين عن الحسن بن على بن يوسف الأزدى عن عاصم بن حميد عن محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام فى رجل تزوّج أمرية و شرط لها ان هو تزوّج عليها أمرية أو هجرها أو اتخذ عليها سريّة فهى طلق فقضى فى ذلك ان شرط اللّه قبل شرطكم فان شاء و فى لها بما اشترط و ان شاء أمسكها و اتخذ عليها و نكح عليها و توضيح القول فى اشتراط ان لا يتزوّج عليها أو لا يتسرّى انه لا خلاف فى بطلانه و قد ادّعى الاتفاق عليه كاشف اللّثام و ادّعى الإجماع عليه فى (- ف-) و الأصل فى ذلك خبر محمّد بن قيس المذكور و خبر ابن مسلم المتقدّم فى كلام الماتن (- ره-) و ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن على بن إسماعيل الميثمى عن حماد عن عبد الله بن مغيرة عن ابن سنان عن ابى عبد اللّه عليه السلام فى رجل قال لامرئته ان نكحت عليك أو تسرّيت فهى طالق قال ليس ذلك بشيء انّ رسول اللّه (- ص-) قال من اشترط شرطا سوى كتاب اللّه فلا يجوز ذلك له و لا عليه لكن ربّما يمكن المناقشة فى ذلك بانّ حكمه عليه السلام بفساد الشّرط انّما هو لأدائه إلى وقوع الطّلاق قهرا مع انّه بيد من أخذ بالسّاق لا لاشتراط ان لا يتزوّج عليها و لا يتسرّى و يشهد به حكمه عليه السلام بصحة اشتراط ان لا يتزوّج عليها و لا يتسرى فى جملة من الأخبار فمنها الصّحيح الذى رواه الكلينى (- ره-) عن محمّد بن يحيى عن محمّد بن الحسين عن صفوان عن العلاء بن رزين عن محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام فى الرّجل يقول لعبده أعتقتك على ان أزوّجك ابنتى فإن تزوّجت عليها أو تسرّيت فعليك مائة دينار فأعتقه على ذلك أو تسرّى أو تزوّج قال عليه شرطه و منها الصّحيح الّذى رواه الصّدوق (- ره-) بإسناده عن عبد الرّحمن بن ابى عبد اللّه يعنى البصرى انّه سئل أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل قال لغلامه أعتقتك على ان أزوّجك جاريتى هذه فان نكحت عليها أو تسرّيت فعليك مائة دينار فأعتقه على ذلك فنكح أو تسرّى عليه مائة دينار و يجوز شرطه قال يجوز عليه شرطه قال و قال أبو عبد اللّه عليه السلام فى رجل أعتق مملوكه على ان يزوّجه ابنته و شرطه عليه ان تزوّج أو تسرّى عليها فعليه كذا و كذا قال يجوز و منها الموثق الّذى رواه الكلينى (- ره-) عن علىّ بن إبراهيم عن أبيه عن ابن ابى عمير عن الحسين بن عثمان و محمّد بن أبى حمزة جميعا عن إسحاق بن عمّار و غيره عن أبى عبد الله عليه السلام قال سالته عن الرجل يعتق مملوكه و يزوجه ابنته و يشترط عليه ان أغارها أن يردّه فى الرق قال له شرط بيان الظاهر انّ الإغارة من الغيرة بالكسر و هى كما فى المجمع نفرة طبيعة تكون عن بخل مشاركة الغير فى أمر محبوب له فتكون الإغارة (- ح-) كناية عن التزوّج و التسرّى و بالجملة فهذه الأخبار جوّزت اشتراط عدم التزوّج و التسرّى و (- ح-) فيقع التّعارض بين الأخبار و يجمع بينها بحمل النّاطقة بفساد الشرط على ما إذا اشترط وقوع الطّلاق قهرا ان تزوّج عليها أو تسرّى و المصحّحة على ما لو أطلق الاشتراط أو شرط غرامته بشيء ان أوقع الشرط فان قلت انّ الحمل المذكور لا يتمشى لظهور الأخبار المزبورة أوّلا فى فساد شرط عدم التزوّج و عدم التسرّى من حيث هو بل خبر ابن مسلم كالصريح فى ذلك حيث استشهد عليه السلام فى الإفساد بآيتى حلّ

التزويج و التسرّى مع انّ المراد بالطلاق فيها ليس هو الطلاق المصطلح بل هو بمعناه اللّغوى يعنى انّه شرط انفساخ النّكاح ان تزوّج عليها أو تسرّى و ذلك غير مخالف للكتاب بل كلّ مشروط ينتفى بانتفاء شرطه فالظّاهر ان بين الطّائفتين تعارضا لكن إطباق الأصحاب على فساد الشرط يوهن هذه الأخبار قلت الإنصاف انّه لا تعارض بين الطائفتين أصلا ضرورة ان مفاد الطائفة الأولى فساد اشتراط ان لا يتزوّج عليها أو لا يتسرّى و مفاد الثّانية اشتراط غرامة شىء ان تزوّج عليها أو تسرّى و بينهما تباينا كلّيا فانّ مطلوب المشترط على الأوّل عدم وقوع التزوّج و التسرّى منه أصلا و لا ريب فى مخالفته للكتاب بخلاف الثانى فإنّ مطلوب المشترط فيه الغرامة إن تسرّى أو تزوّج من دون نظر إلى أصل عدم وقوع التزوّج و التسرّى و لا ريب فى عدم مخالفته للكتاب بوجه و حيث انتفى التّعارض تعيّن الأخذ بالطائفة الاولى فى محلّ البحث و العمل بالأخرى فى موردها نعم ينافى ذلك خبر منصور المزبور لكن عن الاستبصار حمله على التّقية لموافقة ذلك العامة و عن (- يب-) الجواب بالفرق بين النذر و الشّرط

قوله طاب ثراه (- فت-)

لعلّه أشار بذلك إلى تضعيف الحمل نظرا إلى ظهور الخبر فى سببيّة الشرط لوقوع الطلاق

قوله طاب ثراه فانّ ما دلّ على انّه لا يملك ولد حرّ (- اه-)

هذه الفقرة قد وردت فى رواية سماعة و هى ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن البزوفرى عن احمد بن إدريس عن احمد بن محمّد عن أبى أيوب عن سماعة قال سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن مملوكة أتت قوما و زعمت أنّها حرّة فتزوّجها رجل منهم و أولدها ولدا ثمّ انّ مولاهم أتاهم فأقام عندهم البيّنة انّها مملوكة و أقرّت الجارية بذلك فقال تدفع إلى مولاها هى و ولدها و على مولاها ان يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير اليه قلت فان لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به قال يسعى أبوه فى ثمنه حتى يؤدّيه و يأخذ ولده قلت فانّ ابى الوالدان يسعى فى ثمن ابنه قال فعلى الإمام ان يفتديه و لا يملك ولد حرّ و قد حكى المحقّق الكركى فى مع (- صد-) عن المحقّقين ضبط كلمة الحرّ بالتنوين دون الإضافة و قال فى وجه الاستدلال به على عدم صحّة اشتراط الحريّة بأنّ النكرة فى سياق النّفى للعموم و المعنى و لا يملك الولد المحكوم بحريته بحال ثمّ أورد على نفسه بانّ المشروط حريته محكوم برقيته ثمّ أجاب بأنّه حرّ بدون الشّرط فلا يكون الشرط سببا لرقيّته بنصّ الحديث و أقول قد ذكرنا عند التعرض لتفصيل المسئلة فى مبحث نكاح الإماء من منتهى المقاصد انّ الظهورات فى الألفاظ تدور مدار الافهام و ان ضبط المحققين لها بالتنوين لا يكون حجّة بعد ظهور العبارة فى الإضافة فإنّه لا يخفى على أرباب الذوق السّليم كون الإضافة أليق بالاستدلال على لزوم فداء الإمام عليه السلام له ضرورة انّه على التنوين يحتاج إلى مقدّمة أخرى و هى انّ هذا الولد حرّ بخلافه على الإضافة فإنّه يدلّ على المطلوب و للمانع ان يمنع من حريته و (- ح-) فما فى التنقيح من انّ من أضاف فقد وهم لا وجه له ثمّ ان المشهور بين الأصحاب هو صحّة اشتراط رقية الولد بل لم ينقل فى ذلك خلاف إلى زمان المحقّق

ص: ۱۵۱

و لکن لم نجد لهم فی ذلک مستندا صحیحا و الأظهر هو عدم الصّحة وفاقا للمحقّق و الشهید الثانیین و صاحبی الکفایة و الحدائق لظهور الرّوایة فی عدم إمکان رقیّة ولد الحرّ فی الشریعة مضافا إلی انّ الولد لیس ملکا للحرّ من الأبوین لیصحّ اشتراطه للمولی و کما لا یصحّ رقیّة من ولد حرّا فکذا من سیولد حرّا لانتفاء السّلطنة فی الموضعین و یؤیّد ففی السّلطنة أنّ الوالد لو أقر برقیّة ولده لم ینفذ هذا الإقرار علی الولد و توضیح القول فی المسئلة یطلب من منتهی المقاصد

قوله طاب ثراه و منها ارث المتمتّع بها (- اه-)

قد اختلفوا فی إرث المتمتّع بها فالمشهور العدم للنّصوص المستفیضة و قال القاضی بالثبوت (- مط-) و علم الهدی بالثبوت الّا مع اشتراط عدمه ثمّ انّ القائلین بعدم الثبوت عند الإطلاق اختلفوا فی صحّة اشتراط الإرث علی قولین قال بکلّ منهم جمع و وصف کلّ منهم بالشهرة و ان وصف المحقّق الثبوت بالأشهریة و عدم الصحة و ان کان مقتضی القاعدة من حیث انّ الاشتراط لیس بسبب شرعیّ جعلی الثبوت الإرث و انّ أسباب الإرث محصورة و لیس هذا منها و ما لیس بسبب شرعیّ لا یمکن جعله سببا و لا مقتضی للتوارث هنا إلّا الزوجیة فان صدق علی المتعة الزّوجة الّتی دلت الآیة و الرّوایة علی ثبوت الإرث لها ورثت علی کلّ حال و ان لم یشترط ثبوته و بطل شرط نفیه و ان لم تصدق علیها الزّوجة لم یثبت الإرث بالاشتراط لانّه شرط توریث من لیس یوارث و لکن خرجنا عن القاعدة بالنصوص النّاطقة بالتّوارث مع الاشتراط الکاشفة عن قابلیّة عدم التّوارث الثابت فی المتعة للتغیر بالشرط ففی الصّحیح الّذی رواه الکلینی (- ره-) عن علیّ بن إبراهیم عن أبیه عن احمد بن محمّد بن ابی نصر عن ابی الحسن الرّضا علیه السلام قال تزویج المتعة نکاح بمیراث و نکاح بغیر میراث ان اشترطت کان و ان لم تشترط لم یکن و رواه الحمیری فی محکی قرب الإسناد عن احمد بن محمّد بن عیسی عن احمد بن محمّد بن ابی نصر و الصّحیح الّذی رواه الشیخ (- ره-) بإسناده عن الحسین بن سعید عن النضر بن سوید عن عاصم بن حمید عن محمّد بن مسلم قال سئلت أبا عبد اللّه علیه السلام کم المهر یعنی فی المتعة فقال ما تراضیا علیه إلی ان قال و ان اشترطا المیراث فهما علی شرطهما و امّا ما رواه الشّیخ (- ره-) بإسناده عن محمّد بن احمد بن یحیی عن احمد بن محمّد عن البرقی عن الحسن بن الجهم عن الحسن بن موسی عن سعید بن یسار عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال سالته عن الرّجل یتزوج المریة متعة و لم یشترط المیراث قال لیس بینهما میراث اشترط أو لم یشترط فقد حمله الشیخ (- ره-) فی الاستبصار علی کون المراد بالاشتراط فیه اشتراط عدم المیراث ای اشترط عدم المیراث أو لم یشترط و الّذی یقرّب هذا الحمل انّ الذی یظهر من الأخبار انّ عدم المیراث کان یذکر سابقا فی ضمن عقد المتعة فیحتمل ان یکون المراد بالاشتراط ما کان متعارفا من اشتراط عدم المیراث لکنه یبعده ظهوره بقرینة السّؤال فی اشتراط المیراث فالأولی ترجیح الصّحاح المزبورة بالاصحیة و الأکثریّة و الموافقة لعموم المؤمنون عند شروطهم و امّا الطعن فی سند خبر سعید بان طریقة البرقی و هو مشترک بین ثلثة محمّد بن خالد و أخیه الحسن و ابنه احمد و الکل ثقاة علی قول الشیخ (- ره-) و لکن النجاشی ضعّف محمّدا و قال ابن الغضائری حدیثه یعرف و ینکر و یروی عن الضّعفاء و یعتمد المراسیل و إذا تعارض الجرح و التّعدیل فالجرح مقدّم و ظاهر حال النجاشی انّه أضبط الجماعة و أعرفهم بحال الرّجال و امّا ابنه احمد فقد طعن فیه کما طعن علی أبیه من قبل و قال ابن الغضائری کان لا یبالی عمّن أخذ و نفاه احمد بن محمّد بن عیسی من قم لذلک و لغیره کما صدر ذلک کله من شیخ (- لک-) حتی انّه قال بعد ذلک انّ حال هذا النسب المشترک مضطرب لا تدخل روایته فی الصّحیح انتهی فلا وجه له لأنّ أحمد بن محمّد فی السّند انّما هو ابن عیسی بقرینة روایة محمّد بن احمد بن یحیی عنه و من المقرر أنّ أحمد بن محمّد بن عیسی إنّما یروی عن محمّد بن خالد البرقی لا ابنه احمد و لا أخیه الحسن فالاشتراک قد ارتفع بالقرینة و قد وثقه الشیخ و العلّامة فی (- خلاصة-) و یشهد بصحّة روایته احمد بن محمّد بن عیسی عنه مع انّه ارتکب بالنّسبة إلی من یروی عن الضّعفاء ما ارتکب و کذا القمیون و العجب انّه حکی عنه فی حواشیه علی (- الروضة-) انّ قول (- جش-) لا یقتضی الطّعن فیه نفسه بل فی من یروی عنه انتهی فکیف أخذ به هنا و تقدّم الجرح (- مط-) ممنوع بل المدار علی الرّجحان الشخصی الموجود هنا و

الأضبطیّة مرجوحة هنا بما عرفت فالأظهر صحّة السّند و توضیح القول فی المسئلة یطلب من مبحث نکاح المتعة من منتهی المقاصد

قوله طاب ثراه و منها انّهم اتّفقوا علی جواز اشتراط الضمان فی العاریة (- اه-)

قد ادعی اتفاق النصّ و الفتوی علی ذلک فی (- ئق-) و ادّعی الإجماع علیه فی (- ف-) و الغنیة و (- کرة-) و (- مع صد-) و (- لک-) و غیرها و الأصل فی ذلک النّصوص الخاصّة المستفیضة مثل قول الصّادق علیه السلام فی صحیح الحلبی إذا هلکت العاریة عند المستعیر لم یضمنه الّا ان یکون اشترط علیه و الّا فالحکم المذکور مخالف للقاعدة لا للمناقشة فی شمول عموم المؤمنون عند شروطهم له بمخالفة الضّمان لمقتضی العاریة إذ فیه ان عدم الضمان انّما هو مقتضی إطلاق عقد العاریة و منافاة الشّرط لإطلاق العقد غیر ضائر بل لانّ الشّرط فی ضمن العقد الجائز غیر لازم و الّا للزم مزیّة الفرع علی الأصل و من البیّن انّ عقد العاریة من العقود المتفق علی جوازها فکیف یلزم الشرط فی ضمنه و یزید ذلک وضوحا بملاحظة انّه لو وقع شرط مباح أخر غیر اشتراط الضّمان فی عقد العاریة لا یلتزمون بلزوم الوفاء به مع انّ التفرقة بین الشّروط فی ذلک لا معنی له و توضیح المسئلة زیادة علی ذلک یطلب من عاریة منتهی (- صد-)

قوله طاب ثراه و اشتهر عدم جوازه فی الإجارة (- اه-)

قد وصف ذلک بالشهرة فی الجواهر و هدایة الأنام و بالاشهریّة فی الکفایة و الریاض و الدلائل و استندوا فی ذلک إلی أصالة برأیه ذمّة المستأجر من الضّمان مع عدم التعدّی و التفریط و عموم ما دلّ علی عدم ضمان المستأجر العین المؤجرة بعد مخالفة الشّرط المذکور لمقتضی عقد الإجارة فإنّ مقتضاها عدم ضمان المستأجر العین المؤجرة ما لم یتعدّ أو یفرط و أنت خبیر بانّ اشتراط الضمان انّما ینافی مقتضی إطلاق عقد الإجارة لا مطلقها و من العجب انّهم مع تجویزهم اشتراط الضّمان فی العاریة کیف منعوا من اشتراط الضّمان هنا مع انّهما من واد واحد من هذه الجهة فکما انّ مقتضی الإجارة عدم ضمان المستأجر فکذا مقتضی عقد العاریة هو عدم ضمان المستعیر لغیر الذهب و الفضّة فکیف جاز هنا و لم یجز هناک و لا تعارض بین عمومات الشّروط و عمومات عدم ضمان المستأجر حتی ترجح الاولی بالشهرة فإنّ عمومات الشروط تخصّص عمومات عدم ضمان المستأجر فإن قلت ان جواز الشّرط المذکور فی العاریة انّما هو لدلیل خاصّ فلا یمکن إلحاق الإجارة بها بعد حرمة القیاس فی مذهبنا قلت انا لا نثبت الحکم بالقیاس بل بعمومات الشّروط بل لو جرینا علی الإلحاق لجاز هنا من باب أولویّة الإجارة بمعنی الشرط المذکور فیها من حیث انّ العاریة مع کونها عقدا جائزا غیر قابل للزوم الشرط المذکور فیه إذا لزم اشتراط الضّمان فیه کانت الإجارة الّتی هی عقد لازم اولی بذلک مع انّه لا حاجة إلی الإلحاق لورود النصّ

ص: ۱۵۲

الخاصّ بجوازه مثل ما رواه الحلی نقلا عن کتاب موسی بن بکر عن العبد الصّالح علیه السّلام قال سالته عن رجل استأجر ملّاحا و حمله طعاما فی سفینته و اشترط علیه ان نقص فعلیه فقال جائز قلت فربّما زاد قال یدّعی هو انّه زاد فیه قلت لا قال فهو لک و من هنا قال بصحّة الشرط المذکور جمال المحقّقین فی حاشیة (- الروضة-) و استظهره فی الریاض و مال الیه المحقّق الأردبیلی (- ره-) و الفاضل الخراسانی بل قالا به و ادّعی الإجماع علیه فی طی ضمان الصّانع ما یهلک تحت یده من الانتصار فان قلت ان الکلام انّما هو فی اشتراط ضمان المستأجر للعین الموجزة و الخبر انّما دلّ علی ضمان الموجر متاع المستأجر الموضوعة فی عین المؤجرة باشتراط الضّمان فالخبر أجنبی عن محلّ البحث قلت یتمّم المطلوب بعدم القول بالفضل مع انّ المناط ضمان الأمین للعین الّتی هی امانة فی ید أخر (- فت-) و ان شئت توضیح الحال زیادة علی ذلک فراجع اجارة منتهی (- صد-)

قوله طاب ثراه أو عدم مشروعیته (- اه-)

عطف علی قوله عدم ضمانه فی نفسه من غیر اقدام علیه یعنی انّ الإشکال ینشأ من الشکّ فی انّ مقتضی أدلّة عدم ضمان الأمین عدم ضمانه فی نفسه من غیر اقدام علیه حتی لا ینافی إقدامه علی الضمان و الشک فی انّ مقتضی أدلّة عدم ضمانه هو عدم مشروعیّة ضمانه و تضمینه و لو بالأسباب کالشرط فی ضمن عقد تلک الأمانة أو غیر ذلک

قوله طاب ثراه و الأشهر علی الجواز (- اه-)

کلمة علی هنا زائدة لأنّ الأشهریّة وصف القول دون الأشخاص فکان حقّ التّعبیر ان یقول و الأشهر الجواز أو یقول الأکثر علی الجواز ثمّ الجواز و الصّحة خیرة الشیخ (- ره-) فی (- یه-) و القاضی فی محکی المهذّب و ابن حمزة فی الوسیلة و ابن سعید فی محکی الجامع و العلّامة فی (- لف-) و الشهید فی اللّمعة و ظاهر غایة المراد و الفاضل المقداد فی التنقیح و ثانی الشهیدین فی (- الروضة-) و ظاهر (- لک-) و فاضل الکفایة و غیرها بل فی الریاض انّه الأشهر و حجّتهم علی ذلک أمور الأوّل انّ ذلک شرط مقصود للعقلاء و الأغراض تتعلّق باللّبث فی المنازل و الاستیطان فی البلدان الّتی حصل بها الأنس و النّشو و ملازمة الأهل و رعایتهم مصلحتها و ذلک أمر مهمّ فجاز شرطه فی النّکاح توصّلا إلی هذا الغرض المطلوب المشتمل علی الحکمة الواضحة الثّانی عموم المؤمنون عند شروطهم الثّالث الصحیح الّذی رواه الکلینی (- ره-) عن محمّد بن یحیی عن احمد و عبد اللّه ابنی محمّد بن عیسی عن ابن ابی عمیر عن هشام بن سالم عن ابی العبّاس عن أبی عبد اللّه (- ع-) فی الرجل یتزوّج المریة و یشترط ان لا یخرجها من بلدها قال یفی لها بذلک أو قال یلزمه ذلک و یؤیده ما رواه الشیخ (- ره-) بإسناده عن الصّفار عن الحسن بن موسی الخشاب عن غیاث بن کلوب عن إسحاق بن عمّار عن جعفر عن أبیه علیهما السلام انّ علی بن أبی طالب (- ع-) کان یقول من شرط لامرئته شرطا فلیف لها به فانّ المسلمین عند شروطهم الّا شرطا حرّم حلالا أو أحلّ حراما

قوله طاب ثراه و جماعة علی المنع (- اه-)

فمنهم الشیخ (- ره-) فی الخلاف و محکی (- ط-) و الحلی (- ره-) فی (- ئر-) و فخر المحققین فیما حکی عنه و المحقّق الثانی (- ره-) فی مع (- صد-) و احتجّ علی ذلک فی الخلاف بالإجماع و الأخبار و فی (- ئر-) بأنّه شرط مخالف للکتاب و السّنة لأنّ الاستمتاع بالزوجة فی الأزمنة و الأمکنة حق للزّوج فی أصل الشرع و کذا السلطنة له علیها فی ذلک حقّ له ثابت فاذا شرط ما یخالفه وجب ان یکون باطلا و أقول امّا الإجماع فیرده وجود الخلاف فیه من جمع بل و منه فی (- یة-) و امّا الأخبار فلم نقف علیها و قد بیّنا مرارا أن إرسال المضمون الرّاجع إلی اجتهاد المرسل و فهمه غیر قابل للحجیة بالانجبار مع عدم وجود الشهرة الجابرة هنا و امّا حجّة الحلّی فقد ردّها فی (- لف-) بمنع وجوب خروجها معه (- ح-) فإنّه المتنازع و لیس وجوب الخروج مع عدم الشرط مقتضیا لوجوبه معه و لم یرد ابن إدریس علی الدّعوی شیئا و کلّ شرط فإنّه یمنع مباح الأصل و لا یکون باعتبار ذلک منافیا للکتاب و السّنة

قوله طاب ثراه فان لم یحصل له بنی علی أصالة عدم المخالفة (- اه-)

قد عرفت ما فى هذا الأصل من النّظر

قوله طاب ثراه ثمَّ انّ بعض مشايخنا المعاصرين بعد ما خصّ الشرط (- اه-)

أراد بهذا البعض النراقى فإنّه قال فى عوائده انّ المراد بشرط خالف الكتاب أو السّنة ان يشترط اى يلتزم امرا مخالفا لما ثبت من الكتاب أو السنة و هو يشترط ضدّ ذلك الحكم و خلافه اى يكون الشرط امرا مخالفا لما ثبت فى أحدهما سواء كان من الأحكام الطلبيّة أو الوضعيّة و ذلك كما إذا ثبت من الكتاب و السّنة ان أمر المرية ليس بيدها فيشترط ان يكون أمرها بيدها و ثبت انّ الطّلاق بيد الزّوج فيشترط ان لا يكون الطّلاق بيده و ثبت انّ النّاس مسلّطون على أموالهم فيشترط ان لا يكون مسلّطا على أمواله أو على مال معين و ثبت انّ الخمر حرام فيشترط ان يكون حلالا و ثبت انّ المال المشتبه حلال فيشترط ان يكون مال مشتبه حراما و ثبت انّ النّظر إلى زوجته حلال فيشترط ان يكون حراما و ثبت انّ المبيع للمشترى و الثمن للبائع فيشترط ان لا يكون له إلى غير ذلك قال و امّا اشتراط ان لا يتصرّف المشترى فى المبيع مدّة معلومة فهو ليس مخالفا للكتاب و السّنة إذ لم يثبت فيهما تصرّفه حتى يكون شرط عدم تصرّفه شرطا مخالفا لأحدهما بل انّما ثبت جواز تصرّفه و المخالف له عدم جواز تصرّفه فلو اشترط يكون باطلا امّا اشتراط عدم التصرّف فهو ليس مخالفا للكتاب و السّنة فان قلت ثبت من الكتاب و السنة جواز التصرّف فيما يشتريه و الشّرط يستلزم عدم جوازه فهو (- أيضا-) مخالف للكتاب و السّنّة قلت لا نسلم انّ الشرط يستلزم عدم جواز التصرف لانّ المشروط هو عدم التصرّف دون جوازه نعم إيجاب الشارع للعمل بالشرط يستلزم عدم جواز التصرّف و ليس المستثنى فى الأخبار شرط خالف إيجابه أو وجوبه كتاب اللّه أو السّنة بل شرط خالف ذلك الشّرط الكتاب و السّنة و الشّرط هو عدم التصرّف فان قلت هذا يصحّ إذا كان الشّرط فى المستثنى بمعنى المشروط و امّا إذا كان بالمعنى المصدرى حتى يكون المعنى إلزام خالف كتاب اللّه تعالى و السّنة فيكون شرط عدم التصرّف (- أيضا-) (- كك-) إذا كان التزامه يخالف جواز التصرّف الثابت من الكتاب و السّنة قلنا لا نسلم ان التزام عدم التصرّف يخالف جواز التصرّف ما لم يثبت جواز عدم التصرّف ما يلزم به و امّا شرط فعل شيء ثبت حرمته من الكتاب و السّنة أو ترك شيء ثبت وجوبه أو جوازه منهما فهو ليس شرطا مخالفا للكتاب و السّنة إذا لم يثبت من الكتاب و السّنة فعله أو تركه بل حرمة فعله أو تركه و لكن يحصل التعارض (- ح-) بين ما دلّ على حرمة الفعل أو الترك و بين أدلّة وجوب الوفاء بالشرط فيجب العمل على مقتضى التعارض فما وجد فيه مرجّح من إجماع و نحوه أخذ به و ما لم يكن فيه مرجّح يعمل بما يقتضيه القواعد و الأصول هذا ما افاده الفاضل المذكور و نوقش فيما ذكره أوّلا بأن تفسير المخالفة بثبوت حكم بهما فيشترط ضدّه ان أريد بذلك ثبوت الحكم بهما على وجه لا يمكن اشتراط خلافه يعنى علم انّ الشرط لا يغيّره كما هو ظاهر الأمثلة من الطّلاق و نحوه فذلك يوجب عدم جواز التمسّك بعموم الشروط فى شيء من المقامات إذ المعنى (- ح-) صحّة الشرط

ص: ۱۵۳

فيما ليس (- ككـ-) فی نفس الأمر فما لم يعلم جواز الشّرط لا يمكن فيه الاشتراط و معه فلا نفع للعمومات و احتمال إرادة إخراج ما علم مخالفته للكتاب و السّنة فالمشكوك فيه يصحّ اشتراطه و ان دلّ علی خلافه ظاهر كتاب أو سنّة لاحتمال تقيّدهما بعدم اشتراط الخلاف بعيد عن ظاهر الدّليل مضافا إلی كمال بعد فهم الحكم المنجّز من الكتاب و السّنة بحيث لا يقبل التقييد باشتراط الخلاف فإنّه لا يكاد يتحقّق لتوقّفه علی التّصريح فإنّ الإطلاق و نحو ذلك لا يفيد هذا المعنی و ان أريد ثبوت الحكم فی ظاهر الكتاب و السّنة و إن كانت قابلة للتقييد فإخراج ما خالف مثل ذلك استثناء مستغرق و ثانيا بان اشتراط كون الخمر حلالا و الماء حراما و نحو ذلك لا دخل له فی الشروط فی ضمن العقود فان ذلك مبنیّ علی غرض المتعاقدين و تغير الأحكام لا غرض للمتعاقدين فيه و فهم اشتراط تغيّر الأحكام من قوله الّا ما خالف الكتاب و السّنة فی غاية البعد عن اللّفظ مع شهادة جملة من الشروط المخالفة المذكورة فی الأخبار علی خلافه و ثالثا بان ظاهر كلامه انّ المراد من المخالفة هو المخالفة بالمطابقة دون ما يخالفهما بالتّلازم و نحو ذلك و لا ريب فی انّ اشتراط عدم التصرّف فی المال أيضا مخالف للكتاب و السّنة فان مقتضاهما تصرّف المالك فی ملكه و قوله انّ عدم التصرّف غير مناف مردود بان عدم تصرّفه بطريق اللّزوم مناف لذلك و المقصود بالشرط إلزام عدم التصرّف لا عدم التصرّف و لو اختيارا و لا وجه لقوله انّ إلزام الشارع يقتضيه لانّ كلّ حكم ثابت بالشّرط انّما يقتضيه إلزام الشرع و الّا فالشرط لا يثبت حكما فلو قال بشرط ان لا يطأ الزوجة أو لا يتسری عليها أو نحو ذلك لكان الحكم المنافی هنا (- أيضا-) لإلزام الشّرع فان ما ثبت من الشّرع هو جواز الوطی و التسرّی و عدمهما لا ينافی جوازهما مع انّهم عدوّها من الشرط المخالف للكتاب و السّنة و رابعا بأن إخراج شرط ترك الواجب أو فعل المحرّم من مخالف الكتاب و السّنة بديهی الفساد لانّ الواجب و المحرّم إن كان دليلهما اقتضی الوجوب و الحرمة (- مط-) بحيث لا يمكن اشتراط خلافه بمعنی عدم تبدّل الحكم به فيصير الشرط مخالفا للكتاب و السّنة مثل الطّلاق قطعا و ان لم يكن (- ككـ-) فيتعارض الدّليلان كما ذكره لكن الفرض انّ دليل الشرط مقيّد بعدم مخالفته لهما فكيف يعقل التعارض فأينما وقع التعارض ابتداء ظهر بطلان الشّرط لانّه داخل فی مخالف الكتاب نعم لو كان عموم الأمر و النّهی (- أيضا-) مقيّدا بما إذا لم يشترط فی البيع خلافه لزم التكافؤ بين المتخالفين و الفرض انّه ليس (- ككـ-) فكيف يمكن ان يقال بتعارض دليل الشرط مع إطلاق الكتاب و السّنة القاضيين بالوجوب و التحريم و علی فرض الإمكان فقد يتفق فيهما (- أيضا-) ما ثبت عدم جواز تبدّله بالشرط فلم لا يكون داخلا فی مخالف الكتاب و خامسا بما فی المتن

قوله طاب ثراه و ممّا ذكرنا من انقسام الأحكام الشرعية المدلول عليها فی الكتاب و السّنة علی قسمين يظهر لك معنی قوله عليه السلام (- اه-)

قد اختلف انظار الفقهاء (- رض-) فی فهم المراد بالاستثناء علی مسالك تضمّنت عبارة الماتن (- ره-) الإشارة إلی ثلثة منها أحدها ما سلكه بقوله فانّ المراد بالحلال و الحرام فيها ما كان (- ككـ-) بظاهر دليله (- اه-) ثانيها ما حكاه بقوله و ربّما قيل فی توجيه الرّواية و توضيح معناها (- اه-) ثالثها ما حكاه عن الفاضل القمی (- ره-) و هنا مسالك أخر لا بأس بالإشارة إليها أحدها ما عن بعضهم من انه مجمل لانّ كلّ شرط فهو ملزم لأحد الطرفين و لازم ذلك كون كلّ شرطا محرّما لحلال أو محلّلا لحرام فانّ اشتراط عدم الفسخ يوجب تحريم الفسخ الحلال و كذا اشتراط عدم إخراج الزّوجة من بلدها و اشتراط خيار الفسخ يوجب تحليل الحرام فانّ الفسخ لو لا الشرط كان حراما و علی هذا فيلزم الاستغراق فی الاستثناء و فساده و إن كان يشهد بعدم كونه مرادا الّا انّ القرينة علی تعيين المراد يورث الإجمال و لازم هذا الكلام انّ عمومات الشروط (- أيضا-) ساقطة عن الحجيّة لأنّها مخصّصة بالمجمل علی هذا الفرض فلا بدّ فی إثبات صحّة كلّ شرط من دليل خاصّ من نصّ أو إجماع و مثل هذا الخبر (- ح-) الخبر الوارد فی انّ الصّلح جائز بين المسلمين الّا ما أحلّ حراما أو حرّم حلالا ثانيها ما سلكه الفقيه الغروی (- قده-) من ان تحليل الحرام و تحريم الحلال ليس المتبادر منه تغيير الأحكام الإلهيّة كما زعم بل المراد منه المنع عمّا هو حلال شرعا و الإلزام بما هو محرّم شرعا و لا شبهة فی انّ ما

كان حرمته و حلّيته منوطتين بحصول العقد لم يتحقق بعد فاشتراط المنع عمّا لو كان العقد (- مط-) لاقتضى جوازه أو الرّخصة فيما لو كان العقد مطلقا لاقتضى المنع عنه ليس من هذا الباب و هذا لا غبار عليه و امّا ما هو محلّل أو محرّم بأصل الشرع فنقول إذا شرط المنع من الأوّل و الإلزام بالثانی فمرّة يكون الرّخصة فی فعل المحلّل معلوما بحيث لا يقبل المنع بأمر أخر كالصّلوة الواجبة و نحو ذلك و كذا المنع عن فعل المحرّم كشرب الخمر و هذا القسم لا بحث فی دخوله تحت الرّواية و عدم جواز مثل هذا الشرط و مرّة يكون الرّخصة و المنع مطلقين لا يعلم انّهما هل هما قابلان للتقييد بأمر أخر ملزم أم لا (- فح-) يتعارض ما دلّ من الشرط على إلزامه أو منعه و ما دلّ من الشرع على تحريمه أو جوازه مثلا- إذا قال بعتك و شرطت عليك ان تعتق عبدك نقول عدم العتق كان حلالا بأصل الشرع و الشّرط قد حرمه عليه و لو قال بعتك و شرطت ان يكون سكنى دارك لی سنة فقد حلّل لنفسه ما كان حراما عليه و نظائر ذلك (- أيضا-) ممّا يحرّم و يحلّل من احد الجانبين فعلا و تركا ما لم يكن (- ككك-) على هذا القياس و هذا الذی أوقع الإشكال و حلّه ان عدم العتق كان حلالا (- مط-) أو بشرط عدم وجود ملزم للعتق فإن كان من الأول فلا بحث لنا فيه و قد ذكرنا ان بعد معلوميّة ذلك فلا بحث فی بطلان الشرط و إن كان من الثانی فنعلم ان وجود ملزم للعتق ممكن شرعا و عدم العتق ليس حلالا (- مط-) بل فی بعض الصّور فنقول لا ريب فی انّ مع قطع النّظر عن الاستثناء يقضی دليل الشرط بلزوم العتق جائنا عدم جواز اشتراط ما يحرّم الحلال فنقول لا نسلّم كون عدم العتق بعد الاشتراط حلالا حتى يكون الشّرط محرّما له و بعبارة أخرى احتمال كون الشرط ملزما و عدمه يوجب الشكّ فی انّ الترك للعتق حلال أم لا لانّ ذلك من تغاير الموضوع و متى لم يعلم ثبوت الحل و الحرمة على الموضوع بقول مطلق لا يكون تخلّف ذلك تحريما للحلال أو عكسه فالمسلم انّما هو حلّية عدم العتق ما لم يكن هناك ملزم فاذا جاء دليل الشرط و كان ملزما فقد خرج الحلال عن موضوعه الذی كان فيه حلالا و تبدّل إلى موضوع أخر فلم يكن الحلال حراما بهذا الشرط ابدا و (- ككك-) نقول انّ حرمة سكنى الدّار الّذی للغير ليس على إطلاقه بل حيث لا يكون هناك أمر محلل من اذن و نحوه و أخذ الشرط ذلك مع قبول الأخر يخرج ذلك عن كونه سكنى دار الغير بدون اذنه و بعبارة أخرى يبدّل الموضوع المحرم إلى موضوع محلّل بأصل الشرع و يلزمه لا انّه يحلّل الحرام فان الحلال و الحرام لا يتبدّلان بذلك و بالجملة عمدة الإشكال ان كلّ شرط محلّل لما هو حرام بدونه و محرّم لما هو حلال بدونه فكيف يمكن استثناء القسمين و الحلّ انّ المراد

منهما كون الشرط محلّلا- لما هو حرام بمعنى اقتضائه الرّخصة فيما منعه الشارع و محرّما لحلال بمعنى اقتضائه المنع عمّا رخّص فيه الشرع و هذا لا يكون الّا مع بقاء موضوع الحكمين بحاله كالحلال المطلق الّذی لا يمكن تحريمه بوجه

و الحرام (- ككك-) و امّا الأمور الّتی لها حلّیة و حرمة قابلة للزوال بتغییر وصف أو حالة أو نحو ذلک فلو جاء شیء حلّل الحرام أو حرّم الحلال بمعنى تغییره له من حالته السابقة إلى حالته أخرى مغایرة لها فی الحكم فانّ ذلک لا یعدّ تحلیلا للحرام بل هو تحلیل للحلال كانقلاب سائر الموضوعات الخارجیّة إذ لا شبهة فی ان مال الغیر ینقلب من الحرمة إلى الحلّ بإذن المالک كانقلاب الخمر خلّا فیصیر الحاصل انّ الشرط الممنوع منه ما كان مرخّصا لحرام لا یمكن تقلیبه حلالا بهذا الشرط و نحوه و ما كان مانعا عن حلال لا یمكن المنع عنه بملزم من الملزمات و هذه العبارة لو أطلقت فی العرف لكان معناه ذلک فانّ الرّجل إذا قال لصدیقه أطیعک فی كلّ أمر ما لم تحلّل علیّ حلالا- و لم تحرّم علی حلالا- لا یستفاد منه الّا ما كان حلالا أو حراما لا یمكن التخلّف و التجاوز عنه و لو امره الصّدیق بأكل خبز خاص أو نهاه عن شرب ماء بالخصوص لم یكن منافیا لكلام ذلک أصلا و امّا مثل عدم جواز اشتراط عدم التسری أو عدم التزوج علیها فلیس بطلانه بمجرّد ما دلّ على عدم جواز تحریم الحلال إذ لنا ان نقول لا نسلّم حلّیة التسرّی و التزویج بقول مطلق بل ما لم یكن هناک ملزم بالترک و لكن الدلیل على عدم جواز مثل ذلک و عدم مشروعیّة إلزام ترک ذلک و الحاصل انّ موارد النصوص شاهدة على ان المراد بالتحریم و التحلیل عبارة عن ورود الحكم بعد الشرط على ما كان یرد علیه مخالفه قبل الشرط من دون لزوم تغیّر موضوع و تبدّل ممكن شرعا و إن كان كلّ شرط مغیّرا للموضوع فی الجملة فی كلّ مقام لكن غرضی كون ذلک تغییرا قابلا لتغییر الحكم هذا كلام الفقیه الغروی (- قده-) و أشار بقوله كما زعم فی صدر كلامه إلى ردّ كلام الفاضل النراقی الآتی نقله من الماتن (- قده-) و أراد بالإشكال الّذی التزم أولا بوقوعه اشكال عدم صحة شیء من الشروط على ما قرره إذ ما من شرط الّا و هو محرّم لما هو حلال و ملزم لترک ذلک المحلّل و حاصل ما ذكره فی دفعه انّ مطلق الحلال لا- ینافی المنع للشّرط لإیجاب الاشتراط انقلاب الموضوع فلا یلزم تحریم الحلال إلّا فی مورد قیام الدّلیل على عدم قابلیة حلال لان یكون ممنوعا بالاشتراط و لكن لا یخفى علیک ان الإمام علیه السّلام فی مقام إعطاء الضابطة و على ما قرّره لا یبقى لهذا الضابط مصداق إذ ایّ حلال قام الدلیل على عدم قابلیّة الشرط لا؟؟؟ حلّه و احداث المنع منه و قد نبّه على هذا الإشكال الماتن (- ره-) حیث انّ مسلكه مأخوذ من هذا المسلک و إلیه مرجعه و مثاله و ظاهره الالتزام بالإشكال و سنذكر لک ما فیه ثالثها ما سلكه بعضهم من انّ المراد بالحلال و الحرام ما هو (- ككك-) بأصل الشرع من دون توسّط العقد بمعنى ان حلّیة الشیء قد تكون بعد حصول العقد كحلیة التصرّف و الانتفاع و نحو ذلک فی المبیع و نحوه و (- ككك-) الحرمة كعدم جواز فسخ العقد و عدم جواز استرجاع العوض و نحو ذلک و قد یكون الحلّ و الحرمة فی شیء ثابتا على وجه لا- دخل له بالعقد كحلیة الماء و حرمة الخمر و نظائر ذلک فإن كان من قبیل الأوّل فجاز تحریم الحلال و تحلیل الحرام فیه و إن كان من قبیل الثّانی فلیس ذلک فیه بجائز و استشهد على ذلک باتفاقهم على صحّة شرائط خاصّة تكون منافیة لمقتضى العقد كاشتراط عدم الانتفاع مدّة معیّنة و سقوط خیار المجلس و الحیوان و ما شاكله و لا ریب فی انّ قبل الشّرط بمقتضى العقد یحل الانتفاع (- مط-) و الرد فی زمان الخیار و یحرم بعده فقد حرّمت الشّروط ما كان حلالا بتوسّط العقد قبله و على هذا فالضابط فی الشروط الّتی لم تحرّم الحلال بأصل الشّرع و بالعكس هو الجواز الّا ان یمنع منه مانع من نصّ أو إجماع و أورد على هذا التفسیر الفاضل النراقی أوّلا- بأنّه تخصیص بلا دلیل و تقیید بلا مفید و ردّه فی العناوین بالمنع حیث وجّه ذلک بانّ الحلّ و الحرمة الحاصلین بالعقد بعد لم یحصل فلو وقع العقد خالیا عن الشرط أوجب هذا الحلّ و الحرمة و اما لو وقع مقیّدا بالشرط فلیس فیه تحلیل لحرام و تحریم لحلال لانّ الحكم یقع من أوّل الأمر (- ح-) على الحلّ أو الحرمة و لا یكون هناک شیء محرّم یحلّ بالشرط بل یصیر هو حلالا ابتداء نعم لو لم یكن هناک شرط و العقد

وقع على إطلاقه لكان حراما و هو لا ینفع فی ذلک و كذلک فی تحریم الحلال فانّ من شرط فی الإجارة مثلا ان لا یسكنها غیره لم یحرّم حلالا- لأنّ حلیّة إسكان الغیر انّما هو فرع وجود الإجارة (- مط-) غیر مقیّد بالشرط و الفرض انّه وقع مقیّدا من الأصل فوقع الإسكان غیر مأذون فیه حتى یحرّم بالشرط بخلاف ما لا ربط له بالعقد فانّ الحلال (- ح-) حلال لا ربط له بالعقد و كذا المحرّم

فاشتراط ترک الأوّل و فعل الثانی موجب للتحلیل و التحریم المبطلین للشّرط و ثانیا بأنه یوجب التّفرقة بین اشتراط سکنی البائع مدّة معیّنة فی دار باعها و بین اشتراط سکناه فی دار أخری للمشتری غیر تلک الدّار فی تلک المدّة و جواز الأوّل و عدم جواز الثانی و هو لیس (- ککک-) و کذا یستلزم الفرق بین اشتراط عدم الانتفاع بالمبیع مدّة و بین عدم الانتفاع بغیره ممّا هو من مال البائع أو المشتری و هو مما لا وجه له

قوله طاب ثراه ثمَّ انّه یشکل الأمر فی استثناء الشرط (- اه-)

قد یقال انّ منشأ هذا الاشکال انّما هو جعل الحلال الذی یکون الشرط محرّما له الواقع فی عبارة الحدیث عبارة عن جائز الطرفین و (- ح-) فیندفع الإشکال بجعل الحلال فی الروایة عبارة عن مطلق الجائز فیشمل الواجب المطلق (- أیضا-) مثل اشتراط ترک ما یجب علی الزّوج من الحقوق الثابتة للزّوجة من حیث الزوجیة کترک للاتفاق علیها و القسم لها بناء علی وجوبه و ترک الخروج من مسکنها لأداء ما وجب علیها من حجّة أو صلة رحم عند إیجاب العقوق و هکذا و کذا یشتمل اشتراط المداومة علی ترک النوافل و ترک زیارة المشاهد المشرفة مما یعلم من مذاق الشرع انّ الرّخصة فی فعلها لازمة فتأمّل

قوله طاب ثراه و لذا ذکر فی مثال الصّلح المحرّم للحلال ان لا ینتفع بماله (- اه-)

قال فی (- لک-) فسّر تحلیل الحرام بالصّلح علی استرقاق حرّ أو استباحة بضع بلا سبب لإباحة غیره أو لیشربا أو أحدهما الخمر و نحو ذلک و تحریم الحلال بان لا یطأ أحدهما حلیلته أو لا ینتفع بماله و نحو ذلک و الاستثناء علی هذا متّصل لانّ الصّلح علی مثل هذه باطل ظاهرا و باطنا و فسّر بصلح المنکر علی بعض المدّعی أو منفعته أو بدله مع کون أحدهما عالما ببطلان الدّعوی کما سبق تحریره و الاستثناء علیه یکون منقطعا للحکم بصحّته ظاهر أو انّما هو فاسد فی نفس الأمر و الحکم بالصّحة و البطلان انّما یطلق علی ما هو الظّاهر و یمکن کونه متّصلا نظرا إلی بطلانه فی نفس الأمر و هذا المثال یصلح للأمرین معا فإنّه محلّل للحرام بالنّسبة إلی الکاذب و محرّم للحلال بالنّسبة إلی المحق انتهی و قد ذکرنا بعض الکلام فی ذلک فی کتاب الصّلح من منتهی المقاصد فراجع و تدبّر

قوله طاب ثراه و بین ترک الوطی الذی ورد جواز اشتراطه (- اه-)

أشار بذلک إلی ما رواه الشیخ (- ره-) بإسناده عن محمّد بن علیّ بن محبوب عن احمد بن محمّد عن محمّد بن سنان عن محمّد بن عمّار عن سماعة بن مهران عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال قلت له رجل جاء إلی امرئته فسألها أن تزوّجه نفسها فقالت أزوّجک نفسی علی ان تلتمس منی ما شئت من نظر و التماس و تنال منّی ما ینال الرّجل من أهله إلّا انّک لا تدخل فرجک فی فرجی و تلذذ بما شئت فإنّی أخاف الفضیحة قال لیس له منها الّا ما اشترط و عنه عن احمد بن محمّد عن محمّد بن إسماعیل عن محمّد بن عبد اللّه بن زرارة عن محمّد بن أسلم الطّبری عن إسحاق بن عمّار عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال قلت له رجل تزوّج بجاریة عاتق علی ان لا یفتضّها ثمَّ

ص: ۱۵۵

أذنت له بعد ذلك قال إذا أذنت له فلا بأس

قوله طاب ثراه و كذا بين ترك شرب العصير المباح الذى ورد عدم جواز الحلف عليه (- اه-)

هذه الرّواية لم أقف عليها فى مظانها من كتب الأخبار و انّما عثرت على ما رواه محمّد بن مسعود العيّاشى فى تفسيره عن عبد اللّه بن سنان قال سالته عن رجل قال امرئته طالق أو مماليكه أحرار إن شربت حراما و لا حلالا قط فقال امّا الحرام فلا يقربه ان حلف أو لم يحلف و اما الحلال فلا يتركه فإنه ليس لك ان تحرّم ما أحلّ اللّه انّ اللّه يقول لا تحرّموا طيّبات ما أحلّ اللّه لكم دلّ على جواز تحريم الحلال باليمين و لا يضرّ كون مورد السّؤال الحلف بالطّلاق و العتاق

قوله طاب ثراه و ربّما قيل فى توجيه الرواية (- اه-)

هذا القائل هو الفاضل النراقى (- قده-) فى عوائده فإنّه قال انّ فاعل حرّم و أحلّ هو الشّرط فالمستثنى شرط حرم ذلك الشرط الحلال أو أحلّ الحرام و هذا انّما يتحقّق مع اشتراط حرمة حلال أو حليّة حرام لا مع اشتراط عدم فعل حلال فإنّه لو قال بعتك هذا و شرطت عدم جواز التصرّف فى المبيع أو حرمته أو حلية النظر إلى وجه زوجتك يكون الشرط حرّم الحلال أو أحلّ الحرام بخلاف ما لو قال و شرطت عدم التصرّف فى المبيع فانّ الشرط لم يحرّم التصرّف نعم لو أجاز الشّارع ذلك الشرط فإجازته و إيجاب الوفاء به حرّم الحلال و لم يقل الّا شرط حرّم إيجابه حلالا و التّفصيل انّ معنى قوله المسلمون عند شروطهم الّا شرط حرّم حلالا أو أحلّ حراما اما ان إلّا شرط حرّم وجوب الوفاء به شرعا الحلال إلى أخر عبارة العوائد المنقولة فى المتن مع إسقاط يسير غير مخلّ

قوله طاب ثراه لا افهم معنى محصّلا لاشتراط حرمة الشيء (- اه-)

هذا الاعتراض مأخوذ من صاحب العناوين فإنه قال فى مقام الاعتراض على صاحب العوائد انّ أدلّة الشروط لا تدلّ على الشروط الغير المقدورة و من المعلوم ان تغيير الأحكام ليس فى قدرة المتشارطين و لا معنى لقوله بعت بشرط ان يكون الخمر حلالا فانّ ذلك شيء لا يحتمل دخوله تحت أدلّته حتى يحتاج إلى استثنائه ثمّ قال و بالجملة بطلان مثل هذا الشرط ممّا لا خفاء فيه و لكن ليس معنى قولنا ما أحلّ حراما أو حرّم حلالا ذلك لانّه خلاف المتبادر قطعا و دعوى انّ ما عدى ذلك يوجب التقدير ممنوعة فإنّه لو شرط ترك فعل واجب أو فعل شيء محرّم فلا ريب فى انّ الشرط أوجب تحليل الحرام بل هو حلّل حراما و من العجب انّه ذكر فى شرط ترك الواجب أو المباح أو شرط فعل الحرام انّ الشرط (- ح-) لا يكون محلّلا و محرّما بل إيجاب الشّارع الوفاء يوجب ذلك فلا يسند ذلك إلى الشرط إلى ان قال انّ معنى عبارة الاستثناء ان يكون الشّرط و الإلزام محلّلا للحرام الواقعى لا ان يبدّل الحكم بالحرمة على الحكم بالحلية و بعبارة أخرى الظاهر من ذلك ان تحليل الحرام عبارة عن تحليله مع بقائه على حرمته واقعا و ظاهرا و تحريم الحرام عبارة عن تحريمه مع كونه حلالا كذلك و ليس معناه إلّا الإلزام بالفعل فى الأوّل و بالترك فى الثانى و اما تغيير الحكم بان يجعل الحرام حلالا فى أصل الواقع و بالعكس فلا يسمّى تحليلا للحرام بل هو تبديل حكم الحرمة بالحلّ و هذا المعنى واضح عند العرف هذا كلامه علا مقامه

قوله طاب ثراه و للنظر مواضع من كلامه مجال (- اه-)

قلت من مواضع النظر عدّة اشتراط فعل المرجوحات و ترك المباحات و فعل المستحبات من المحرّم للحلال فانّ سقوط ذلك واضح و منها جعله المستثنى مسوقا للمنع من احداث قاعدة كلّية فإنّ فيه انّه خلاف ظاهر الرّواية و منها تخصيصه الحلال و الحرام الواقعين فى الرواية بالكلّى مع انّهما وقعا منكرين فيشملان الكلّى و الجزئى كما لا يخفى

[الخامس من شروط صحة الشرط أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد]

قوله طاب ثراه ان لا يكون منافيا لمقتضى العقد

قد صرّح باعتبار هذا الشرط جمع بل نفى الخلاف فيه فى الغنية حيث قال انّ من الشروط الفاسدة بلا خلاف ان يشترط ما يخالف مقتضى العقد مثل ان لا يقبض المبيع و لا ينتفع به انتهى بل فى هداية الأنام انّ الإجماع بقسميه عليه

قوله طاب ثراه مثلا المعروف عدم جواز المنع عن البيع و الهبة فى ضمن عقد البيع (- اه-)

ظاهر العبارة أنّه مثال لما اتفقوا على عدم جوازه و انّ جواز اشتراط عتقه بعد البيع مثال لما اتّفقوا على جوازه و لكن لا يخفى عليك عدم تحقّق الاتّفاق على المنع من اشتراط عدم البيع و الهبة و سينقل هو (- ره-) عن العلامة الاستشكال فيه و عن بعض من تأخّر عنه القول بصحّته و توضيح المقال انّ المشهور بين الأصحاب هو فساد اشتراط ان لا يبيع المبيع أو لا يهبها أو لا يعتقها أو لا يطأها بل قد استظهر من بعضهم دعوى الإجماع عليه و عللوه بمنافاة هذه الشروط لمقتضى العقد إذ مقتضى العقد ان يكون ملكه و من لوازم الملك هو تسلّطه على البيع و الهبة و العتق و الوطى و أقول امّا الإجماع فغير محقّق بل و لا منقول صريحا بل هو معلوم العدم و كفاك كاشفا عن عدمه استشكال العلامة (- ره-) فى بطلان اشتراط عدم البيع و العتق و تأمّل المحقّق فى (- فع-) فى فساد اشتراط عدم بيع الأمّة و هبتها إذ كيف يحتمل غفلتهما عن إجماع الأصحاب مع انّهما خرّيتا هذه الصناعة و محقّقاها و علامتاها فلو كان هناك إجماع لم يكونا ليستشكلا و بعد ذلك فلا يصغى إلى احتمال الإجماع فى المسئلة و امّا تعليل المنع بالمنافاة لمقتضى العقد ففى غاية الوهن أمّا أوّلا فلما ستعرف (- إن شاء الله-) (- تعالى-) من عدم تسليم اشتراط صحّة الشّرط بعدم مخالفته للعقد إلّا إذا عاد عليه بالنّقض كاشتراط عدم الملك فى المبيع و الثمن و اشتراط عدم التسلّط على التصرف بوجه و امّا اشتراط ان لا يعتق أو لا يبيع أو لا يطأ أو لا يهب فليس شيء منها مناقضا لأثر العقد فانّ مقتضى العقد انّما هو التسلّط على التصرّف فى الجملة و هو حاصل و لا دليل على كون مقتضاه التسلّط على جميع التصرّفات (- مط-) حتّى العقد المشروط فيه عدم بعض التصرّفات كيف لا و لو تمّ ما ذكرت للزم عدم صحّة اشتراط كون منفعة الدّار المؤجرة قبل البيع للمستأجر إلى انقضاء الإجارة و التالى مقطوع البطلان فكذا المقدم و امّا ثانيا فلانه قد ورد النص بجواز اشتراط ترك البيع و الهبة الا ترى إلى الصّحيح الّذى رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن عبد اللّه بن سنان قال سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الشرط فى الإماء لا تباع و لا توهب قال يجوز ذلك غير الميراث فإنّها تورث لان كلّ شرط خالف الكتاب باطل فإنه كما ترى صريح الدلالة واضح المقالة فى جواز اشتراط ترك البيع و الهبة فلو كان مقتضى العقد بهذا المعنى مضرّا قادحا لم يكن يحكم عليه السلام بصحّة الشرط و يؤيده ما تقدّم من الخبرين المتقدّمين آنفا المجوّزين لاشتراط عدم الوطى فى النكاح فإنه لو كان منافاة مقتضى العقد مع عدم عوده اليه بالنّقض قادحا لم يكن لتجويز اشتراط عدم الوطى فى النكاح وجه فان قلت انّ ممّا شاع و ذاع انّ اعراض الأصحاب ممّا يسقط الخبر عن الحجية و قد نفى كاشف الرموز العثور على عامل بالرّواية فما بالك؟؟؟؟ بمضمون هذه الأخبار قلت انّ اعراض الأصحاب عنها ممنوع كيف و قد تأمّل فى المسئلة كلّ من عثر عليها كالفاضلين فى (- كرة-) و (- فع-) و عدم وجدان العامل بها على فرض التسليم غير ظاهر فانّ القادح انّما هو بنائهم على الإعراض لا مجرّد عدم ظهور عملهم سيّما بعد احتمال عدم عثورهم عليه و بنائهم فى الإفساد على ما زعموه

ص: ۱۵۶

من مخالفة الشروط المذكورة لمقتضى العقد و قدح المخالفة و لو لمقتضى إطلاق العقد فان قلت ان بنيت فى تصحيح اشتراط عدم البيع و الهبة و الوطى على الصحيحة و الخبرين فعلى ما ذا تعتمد فى تصحيح اشتراط عدم العتق و أمثاله قلت حيث جاز اشتراط عدم البيع و الهبة كشف ذلك عن عدم قدح مخالفة الشّرط لمقتضى إطلاق العقد فالحكم فى غير مورد النص بالمناط القطعىّ الّذى هو غير القياس الظنى بل لو لا الخبر المزبور لكفانا النص المجوّز لاشتراط عدم الوطى فى استفادة عدم قدح مخالفة الشرط لمقتضى إطلاق العقد فى صحّته ضرورة أنّ منافاة اشتراط عدم الوطى فى النّكاح لمقتضى إطلاق العقد أظهر من منافاة اشتراط عدم الوطى فى بيع الأمة لمقتضى عدم إطلاق عقد البيع ضرورة انّ وضع النّكاح للوطى دون وضع شراء الأمة هذا مع انّا لو تنزّلنا عن ذلك كلّه و تركنا الرواية فلسنا زاعمين بفساد الشّروط المذكورة و لا مستوحشين من الانفراد بعد وجود عمومات الشروط السّالمة عن المعارض إذ ليس ما يحتمل المعارضة إلّا توهّم المنافاة لمقتضى العقد الذى عرفت و ستعرف ما فيها فالحق صحّة الشروط المذكورة و أمثالها و العلم عند اللّه (- تعالى-)

قوله طاب ثراه و جواز اشتراط عتقه بعد البيع بلا فصل أو وقفه

قد صرّح بجواز اشتراط عتق المملوك فى بيعه جمع كثير قاطعين به بل فى الرّياض و الجواهر و هداية الأنام و محكى غاية المرام نفى الخلاف فيه و فى المهذّب البارع انّ عليه علمائنا اجمع و فى (- ط-) و الغنية و غاية المراد و (- لك-) و محكى الإيضاح و غيرها الإجماع عليه و قد افترقوا فى دليل ذلك فرقتين فجماعة منهم تمسّكوا بعمومات الشروط من غير معارض لعدم منافاة الشّروط المذكور لكتاب و لا سنّة و عدم كونه محرّما لحلال و لا محلّلا لحرام و اخرون زعموا اقتضاء القاعدة فساد الشرط المذكور لمنافاته لمقتضى العقد فلا يندرج تحت العمومات فتكلّفوا الاحتجاج له تارة بالإجماع و اخرى بانّ العتق مبنىّ على التّغليب لأنّ عناية الشارع بفكّ الرّقبة بأدنى سبب يقتضيه تعرف من تتبع مسائل العتق و من دلائل ابتنائه على التغليب ثبوت السّراية إلى المجموع بالشّقص و نحن نقول أوّلا انّ كون اشتراط العتق منافيا لمقتضى العقد ممنوع إذ ليس مقتضاه إلّا الملكيّة و هى حاصلة و الّا لم يصحّ العتق بل شرط العتق من الشروط المؤكّدة لمقتضى العقد ضرورة انّه لا عتق إلّا فى ملك فاشتراط عتقه مؤكّد لانتقاله إلى المشترى كما لا يخفى و ثانيا على فرض تسليم المنافاة انّا نمنع البطلان بمثل هذه المنافاة كما مرّ و يأتى (- إن شاء الله-) (- تعالى-) و ثالثا انّه بعد تسليم المنافاة و الإذعان بافسادها للشرط لا معنى للاستدلال بكون العتق مبتيا على التّغليب بعد ما تحقّق من انّه لا عتق إلّا فى ملك و ذلك لانّ مقتضى تسليم المنافاة و تسليم ابطالها للشرط هو الحكم بعدم الانتقال و التغليب انّما هو فيما يملك لا فى مال للأجنبىّ محضا و الّا للزم نفوذ عتق احد لعبد غيره و لا يلتزم بذلك احد بعد ما ورد النص و قام الإجماع على انّه لا عتق إلّا فى ملك فالحق هو تماميّة دلالة العمومات و موافقة صحّة اشتراط العتق للقاعدة و الإجماع دليل أخر أو مؤيّدا للعمومات لظهور كونها مستند المجمعين و تنقيح الكلام فى أطراف المقال يستدعى التنبيه على أمور الأوّل انّهم بعد اتّفاقهم على جواز اشتراط عتق المملوك فى بيعه اختلفوا فى إطلاقه و تقييده على قولين أحدهما انّه يجوز (- مط-) سواء شرط عتقه عن المشترى نفسه أو أطلقه أو شرط عتقه عن البائع و هذا هو الّذى يقتضيه إطلاق جمع منهم المحقّق فى (- يع-) و قد قطع به اخرون بل ظاهر (- كرة-) الإجماع عليه حيث قال يجوز اشتراط العتق (- مط-) و بشرط ان يعتقه عن المشترى و به قال الشّافعى اما لو شرط العتق عن البائع فإنّه يجوز عندنا خلافا للشّافعى لأنّه شرط لا ينافى الكتاب و السّنة انتهى ثانيهما اختصاص الجواز بما إذا شرط العتق عن المشترى نفسه أو أطلق و امّا لو شرط عتقه عن البائع فلا يصحّ و به افتى اخرون منهم الشهيدان فى (- لك-) و (- الروضة-) و محكى (- س-) و الفاضل المقداد (- ره-) فى محكى التنقيح و قد يستفاد ذلك من العلّامة (- ره-) فى (- عد-) من حيث انّ مفهوم قوله لو باعه العبد بشرط العتق (- مط-) أو عن المشترى صحّ هو عدم جواز اشتراطه عن البائع حجّة الأوّل عمومات أدلّة الشروط و إطلاق معاقد الإجماعات المزبورة و حجّة الثانى انّه لا عتق إلّا فى ملك و البائع بعد النّقل ليس مالكا فيكون الشّرط مخالفا للسّنة مضافا إلى منافاته لمقتضى العقد قلت أمّا المنافاة لمقتضى العقد

فممنوعة بعد كون اشتراط العتق مؤكدا للملك و امّا المخالفة بالسّنة فيمكن المناقشة فيها بانّ المعتق انّما هو المشترى و هو مالك حين العتق و عود ثواب العتق إلى الغير لا يخرج المالك عن كونه معتقا لكن الإنصاف ان يكون العتق عن البائع غير عود ثوابه اليه بل المراد بعتقه عنه هو وقوع العتق عنه وفاء لنذر أو كفّارة أو قربة إلى اللّه (- تعالى-) و اين ذلك من إهداء ثوابه اليه فالحقّ انّ الرّواية تقتضى فساد اشتراط عتقه عن المالك و قد يجاب عنها بانّ غايتها الدّلالة على وجوب تحقّق الملك فى العتق و هو أعمّ من ان يكون المعتق عنه هو المالك أو غيره و لا دلالة فيها على اشتراط ملك المعتق عنه فى صحّة العتق و ردّ بمنافاة ذلك لما فهمه الأصحاب من الرّواية من اشتراط ملك المعتق عنه فى الصّحة كما يظهر من تكلّفاتهم دخوله فى ملك المعتق عنه آنا ما ليصحّ عتقه عنه و إن كان قد يقال انّ هذا الصحيح شغل ذمّة المعتق عنه بالقيمة لا للعتق لكن تعليلهم التّكليف المذكور بالخبر ينافى ذلك و إن كان يحصل معه (- أيضا-) شغل الذّمة و (- ح-) فيتّجه الاستدلال بالرّواية على

المنع فتدبّر و ربّما وجّه الجواز فى الجواهر بعد تسليم اشتراط ملكيّة المعتق عنه فى صحّة العتق بانّ اشتراط العتق عن البائع اشتراط لإدخاله فى ملكه ثمّ عتقه عنه قال و لا بأس به بعد ان لم يكن الشرط بيعه عليه لعدم توقّف العتق المشترط عليه انتهى و فيه انّ اشتراط إدخاله فى ملكه ثمّ عتقه عنه و ان لم يكن اشتراطا لبيعه عليه لكنّهما متساويان فى الفساد لانّ المنع من اشتراط بيعه عليه ليس الّا لاستلزامه الدّور و هذه العلّة موجودة فى اشتراط إدخاله فى ملكه فكلاهما من واد واحد فلا وجه لإبطال أحدهما و تصحيح الأخر بل كان الأولى عليه منع عدم جواز الأوّل لمنع الدّور كما يأتى عند الكلام فى الشرط البائع من شروط صحّة الشرط (- إن شاء الله-) (- تعالى-) الثّانى انّه لا إشكال فى جواز اشتراط عتقه عن المشترى نفسه تبرّعا و مجّانا و كذا لو شرط عتقه عن كفّارة المشترى فإنه يصحّ و فى (- لك-) انّ فائدة الشّرط التخصيص لهذا العبد بالإعتاق و فى الجواهر انّ فائدة عدم اجزاء العتق تبرّعا عن الشّرط إذا كان للبائع غرض بذلك قلت و له فائدة ثالثة هى إرادة تحصيل برأيه ذمّة المشترى سريعا لتساهله لولاه الثّالث ان اشتراط العتق عليه لا يمنع من نيّة القربة لكون الحال فيه هى الحال فى العبادات المستأجرة عليها و كذا لزوم العتق عليه بالشّرط لا يخرجه عن كونه تبرّعيا كما فى العبادات المستحبّة المستأجر عليها فإنّها قبل الإجارة كانت مستحبّة فلزمت بالإجارة فاللزوم العرضى لا ينافى الاستحباب الذاتى و لا يخرج العمل عن كونه مستحبّا الرّابع انّ فيمن يستحقّ العتق المشروط وجوه و احتمالات تأتى

ص: ۱۵۷

(- إن شاء الله-) (- تعالى-) عند تعرض الماتن (- ره-) لذلک عند التعرّض لجواز إسقاط المشروط له الشرط فی المسئلة السّادسة من المسائل الّتی یذکرها عن قریب فی طی مسئلة حکم الشرط الصحیح و الفاسد فانتظر الخامس انّه هل یجوز للمشتری ان ینوی العتق المشروط علیه علی وجه الإطلاق عن العتق الواجب علیه کفّارة عن محرّم أو لا الأظهر ذلک لانّ المشروط علیه انّما هو المهیّة المطلقة فله إیجادها فی ضمن فرد خاصّ نعم لو شرط علیه العتق استحبابا لم یجز له العتق عن الکفّارة لتغایر المهیّتین بالوجوب و النّدب و ربّما فصل فی ذلک فی (- لک-) حیث قال اما عتقه عن الکفّارة فإن قلنا الحقّ فیه للّه تعالی لم یجز کالمنذور و ان قلنا انّه للبائع (- فکذلک-) ان لم یسقط حقّه و ان أسقط جاز لسقوط وجوب العتق (- ح-) و کذا ان قلنا انّه للعبد و علی ما اخترناه لا یصحّ (- مط-) انتهی و أراد بما اختاره اجتماع الجهات فیه کما یأتی نقله إنشاء اللّه تعالی و الحقّ ما قلناه من الفرق بین کون المشروط العتق المطلق فإنّه یحصل فی ضمن الکفّارة بخلاف ما لو شرط العتق ندبا السّادس انّه ربّما اعتبر فی (- لک-) فی حصول الوفاء بشرط العتق ان یوقعه المشتری بسبب مباح و فرع علیه عدم حصول الوفاء بما إذا نکل به فانعتق علیه قهرا و هو ممّا لا بأس به امّا أوّلا فلان ظاهر الشرط و المتبادر منه انما هو وقوع مشروطه مباشرة بالقصد اختیارا و لیس الانعتاق القهری منه و الانعتاق بالتنکیل قهری و إن کان سببه و هو التنکیل اختیاریا فإنّه یصدق و الحال هذه انّ العتق لیس باختیاری و امّا ثانیا فلانّ هنا لو کان فردا من افراد الشرط لکان محرّما مخالفا لکتاب اللّه عزّ و جلّ فلا یلزم کما تقدّم هذا و لکن لا یخفی علیک إمکان المناقشة فی ذلک کلّه بانّ المشروط إذا کان مطلق العتق کان المطلوب هو المهیّة فیحصل بأیّ سبب کان و ان عصی بالتنکیل و امّا الوجهان ففی الأوّل انّ المباشرة و الاختیار فی السّبب کاف فی کون المسبّب واقعا عن مباشرة و اختیار و الّا لم تکف الصّیغة الواقعة عن مباشرة و اختیار لمحض کون العتق واقعا بها قهرا فالحال فی التنکیل هی الحال فی الصّیغة کما لا یخفی و فی الثانی ان فساد الشّرط لو قیّد وقوعه بالتنکیل لا یقتضی عدم حصول البراءة مع عدم التقیید بعد إن کان المشروط مطلق العتق الحاصل بأیّ سبب من أسبابه وجد و حصل و بالجملة فعدم کفایة العتق بالتنکیل فی حصول الوفاء بشرط العتق و ان صرّح به فی محکی (- کرة-) و الإیضاح و الحواشی و (- س-) و المهذّب البارع و غایة المرام و (- مع صد-) و مجمع الفائدة و غیرها الّا ان سبیله غیر ظاهر و طریقه غیر واضح و الوجهان المزبور ان غیر تامّین و کذا ما تمسّک به فی الإیضاح من انّه کلّما یجزی عن العتق المطلق المشترط صحّ اشتراطه بالتعیین بطریق الأولویّة و یلزمه قولنا کلّما لم یصحّ اشتراطه بالتّعیین لم یجز عن العتق المطلق المشترط و هذا لا یصلح اشتراطه بالتعیین فلا یجزی عن العتق المطلق المشترط و هو المطلوب فانّ فیه منع انّ کلّما لم یصحّ اشتراطه بالتّعیین لم یجز عن العتق المطلق فإنّه عین الدّعوی و کذا ما تمسّک به من انه لو ذکره صریحا لم یصحّ الشّرط فاذا لم یذکره فأولی ان لا یدخل فی الشرط فانّ فیه منع الأولویّة نعم ما تمسّک به من انصراف الإطلاق إلی السّبب المباح لا بأس به ان تمّ فتأمّل جیّدا السّابع انّه صرّح جماعة منهم شیخ (- لک-) بان ظاهر الشّرط یقتضی إیقاع المشروط مجّانا و فرّعوا علیه عدم حصول الوفاء بشرط العتق فیما لو أعتق و شرط علی المعتق عوضا من خدمته أو غیرها و هو فی محلّه و توضیح ذلک انّهم ذکروا فیما إذا أعتق المشروط علیه العتق و شرط علی المعتق عوضا من خدمة أو غیرها وجوها أحدها عدم حصول الوفاء من المعتق بالکسر بشرط العتق لانصراف الشرط إلی العتق مجّانا فیتخیّر البائع (- ح-) بین فسخ البیع و إمضائه لإیجاب تخلّف الشرط الخیار و (- ح-) فان فسخ نفذ العتق لبنائه علی التغلیب و رجع البائع بقیمة العبد کالتالف و هذا الوجه هو خیرة العلّامة فی (- کرة-) ثانیها عدم حصول الوفاء و تخیّر البائع بین الإمضاء و بین الفسخ و الرّجوع بعین العبد لفساد العتق بوقوعه علی خلاف ما وجب ثالثها حصول الوفاء لفساد شرط العوض فیبقی العقد صحیحا مجّانیا و الوجه الأوّل هو الأوجه بعد بناء العتق علی التّغلیب و عدم الدّاعی إلی فساد شرط العوض و یمکن ان یخرج فی المسئلة وجه رابع و هو حصول الوفاء مع صحّة العقد و صحّة شرط العوض فی ضمنه لمنع انصراف الإطلاق إلی المجانیّة بل المراد بالمطلق الماهیّة و لا ریب فی حصولها و لو مع الشرط (- فت-) الثامن انّ الشهید الثانی (- ره-) قال فی (- لک-) ان ظاهر الشرط یقتضی إیقاعه مباشرة ثمّ قال بعد شطر له من الکلام انّه هل یشترط وقوعه عن المشتری

مباشرة أم يكفى وقوعه (- مط-) وجهان و تظهر الفائدة فيما لو باعه بشرط العتق فعلى الأوّل يحتمل بطلان البيع لانّ شرط العتق مستحقّ عليه فلا يجوز نقله إلى غيره و صحّته مع تخيّر البائع ثمّ ان أعتق المشترى الثانى قبل فسخه نفذ و قدّر كالتالف و الّا أخذه و على الثانى يصحّ كما أعتقه بوكيله و الذى يدلّ عليه الإطلاق و الحكم فى باقى الشروط انّه لا يقتضى مباشرتها بنفسه الّا مع التعيّن و هذا الشرط لا- يزيد على غيره انتهى و نوقش فيه أوّلا- بمنافاة ذكره الوجهين لما جزم به قبل ذلك بسطر من اقتضاء ظاهر الإطلاق المباشرة و ثانيا بأنّ إلحاق هذا الشرط بباقى الشروط ممّا لا ريب فيه بالنسبة إلى اجزاء الوكيل فيه لصدق الوفاء بالشرط عليه لغة و عرفا و ليس عتق المشترى الثّانى فعلا للمشترى الأول كى يصدق عليه الوفاء بالشّرط بخلاف فعل الوكيل فإنّه يعدّ فعلا له عرفا و لغة و كون العتق بسبب اشتراطه عليه لا يعدّ عرفا فعلا للمشترط و ان كان مستحقّا له كما هو واضح و ربّما أورد عليه فى الجواهر بوجه ثالث هو انّه لا وجه لاحتمال البطلان على الأوّل و إن كان هو خيرة محكى (- ير-) و (- كرة-) و المهذّب البارع إذ لا ينقص عن بيعه من دون اشتراط العتق الّذى صرّح هو (- ره-) و غيره بانّ للبائع إمضائه قال فى (- عد-) و (- س-) و (- كرة-) و (- مع صد-) و (- الروضة-) انه لو باع العبد المشروط عليه عتقه أو وقفه تخير البائع بين الفسخ و الإمضاء اى فان فسخ بطلت هذه العقود بل قد يقال بالصّحة حتى مع الفسخ فتكون له القيمة (- ح-) نحو ما سمعته فى الخيار اللهم الّا ان يقال انّ ذلك إذا لم يكن الشرط فى العين المتصرّف بها امّا هى كالعبد المشروط عتقه مثلا فقد يفرق بينه و بين الخيار بتعلّق الحق فيه بالعين كالرهن بخلافه و (- ح-) فعلى ذلك يتجه ما فى (- لك-) من البطلان بناء على ارادة عدم النفوذ منه (- فت-) فإنّه قد يقال انّه لا دليل على اقتضاء تعلّق الشرط بالعين عدم تأثير البيع الّذى يقتضى الإطلاق صحته و ترتّب أثره عليه نعم باعتبار ثبوت الحقّ بالعين بعده لاستصحابه يتّجه تسلّط من له الشرط على فسخ التصرّف المزبور المنافى لنفود الشرط الذى جعل الشارع المؤمن عنده و قال انّ شرطه فيفسخه (- ح-) و يطالب المشترى بإنفاذ شرطه كما فى غيره من الحقوق السّابقة على العقود المتعلّقة بها كالشفعة و أرش الجناية و تعلّق حق الدين بالتركة و نحو ذلك و به يترجّح (- ح-) على ما دلّ على لزوم التصرّف اللاحق الّذى حصل فى العين مستحقّا فيها ذلك و (- ح-) يتّجه بقاء البيع الأوّل على اللّزوم بناء على اعتبار تعذّر الوفاء بالشّرط فى تزلزله لا مجرّد عدم الوفاء به و ربّما كان ما ذكرناه محتمل عبارة (- س-) قال و لو أخرجه أى العبد المشترط عتقه ببيع أو هبة أو وقف فللبائع فسخ ذلك كلّه بناء على كون المراد انّ له فسخ هذه

ص: ۱۵۸

التصرّفات دون البيع الأوّل و له إمضائها بإسقاط حقّه من الشرط نعم ظاهر غيره بل صريح بعض انّ له فسخ هذه التصرّفات بفسخ البيع الأوّل فيترتّب عليه فسخها ان لم يسقط حقّه من الشرط و هو لا يخلو من وجه بناء على ثبوت الخيار للبائع فى البيع الأوّل بمجرّد عدم وفاء المشترى بالشرط و (- ح-) فالمتّجه كونه مخيّرا على الوجهين فتأمّل جيّدا فانّ ذلك عين التحقيق فى المسئلة و هو الموافق للقواعد و ان لم أجده محرّرا هذا كلام صاحب الجواهر (- ره-) بطوله و عليك بالتدبر فى معانيه حتى يظهر لك ما فيه التّاسع انّه هل يثبت للمشروط عليه بالعتق ولاء أم لا وجهان جزم بأوّلهما فى (- عد-) و الإيضاح و (- مع صد-) و غيرهما و احتمل الثانى فى (- كرة-) و (- س-) و غيرهما حجّة الأوّل عموم قولهم صلوات اللّه عليهم أجمعين الولاء لمن أعتق و حجّة الثانى انّه عتق واجب بعقد البيع فلا يستعقب ولاء لتخصيص عمومات الولاء بالعتق المندوب ورد بأنّه ليس من الواجب الذى ينتفى معه الولاء ضرورة انّ له الإخلال بالشروط المشترطة فى البيع من عتق و غيره فالعتق فى الحقيقة مستند إلى اختياره فيكون متبرّعا فيستعقب الولاء و أقول انّا لو سلّمنا وجوب العتق عليه بالشرط فليس كلّ واجب غير مستعقب للولاء ضرورة ظهور الأخبار الناطقة بعدم استعقاب العتق الواجب الولاء المخصّصة للعمومات فى الواجب بالشرع فيبقى الواجب بالشرط و نحوه تحت العمومات فالقول الأوّل (- ح-) هو الأظهر و اللّه العالم ثمّ على المختار لا يجوز اشتراط كون الولاء المذكور للبائع لما قام عليه الإجماع و نطقت به النّصوص من عدم جواز اشتراط البائع كون الولاء له و قد مرّ الخبر المتضمّن لقضيّة بريرة فتذكر العاشر انّه هل يجوز لكلّ من البائع و المشترى اقالة البيع و استقالته قبل العتق أم لا وجهان أظهرهما الأوّل لعمومات الإقالة و الاستقالة و منشأ الثانى تعلّق حقّ الغير بالعتق و إن كان تبعا لحقّ البائع و فيه انّه لا وجه لبقاء التابع مع زوال المتبوع و لا لمنعه من ازالة المتبوع كما لا يخفى و من هنا ظهر جواز الفسخ بالخيار لذى الخيار منهما بشرط أو عيب أو مجلس أو نحو ذلك الحادى عشر انّ الظاهر انّ للمشترى استخدام المملوك قبل العتق بل و له الاستمتاع بالجارية حتى بالوطى لعدم منافاة ذلك كلّه لحقّ البائع فلا مخرج لعموم تسلط الناس على أموالهم و عموم مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُهُمْ و (- ح-) فلو تعيبت أو حملت منه ثمّ أعتقها فقد وفى بالشرط و صحّ عندنا لعدم خروجها بالاستيلاد عن ملكه خلافا لبعض العامّة فمنع من عتقها نظرا إلى استحقاقها العتق فى الجملة فلا يكون عتقه لها عتقا تبرّعا و ضعفه فى غاية الظهور

قوله طاب ثراه و منها ما ذكره فى (- س-) فى بيع الحيوان (- اه-)

أقول قد اختلفوا فى جواز اشتراط كون الرّبح بين الشريكين و الخسران على أحدهما فى عقد الشركة على قولين اختار علم الهدى الصّحة محتجّا على ذلك بإجماع الطائفة حيث قال و ممّا انفردت به الإماميّة القول بانّ المشتركين مع تساوى ماليهما إذا تراضيا بان يكون لأحدهما من الرّبح أكثر ممّا للآخر جاز ذلك و (- كك-) إذا تراضيا بأنّه لا وضيعة على أحدهما أو انّ عليه من الوضيعة أقلّ ممّا على الأخر جاز (- أيضا-) الى ان قال دليلنا الإجماع المتكرّر انتهى و خالف فى ذلك ابن زهرة فى الغنية فأفتى ببطلان الشرط المذكور بل ظاهر (- كرة-) إرسال ذلك المسلّمات حجّة القول الأوّل أمور الأوّل إجماع الانتصار و هو كما ترى الثانى عمومات العقود الثالث عمومات الشروط بعد عدم مخالفة الشرط المذكور للكتاب و لا لمقتضى العقد من حيث انّ كون الخسران عليهما مقتضى إطلاق عقد الشركة لا مطلقة نعم يمكن المناقشة فى التمسّك بعمومات الشروط بأنّهم قد التزموا من غير خلاف بينهم ينقل بانّ الشرط الّذى يلزم الوفاء به انما هو ما كان فى ضمن عقد لازم و ان الشرط فى ضمن العقد الجائز وعد محض لا يجب الوفاء به بل يستحب و تسالموا على كون عقد الشركة فى العقود الجائزة فلا يتمّ الاستدلال نعم لو شرطا ذلك فى ضمن عقد أخر لازم أمكن الالتزام بصحّته و لزوم الوفاء به لكنّه خارج عن حريم النزاع الرّابع صحيح رفاعة قال سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل شارك رجلا فى جارية له فقال ان ربحنا فيها فلك نصف الربح و إن كانت وضيعة فليس عليك شىء فقال لا ارى بذا بأسا إذا طابت نفس صاحب الجارية و يمكن المناقشة فى ذلك بأنّه خارج عن الشركة المصطلحة لكون الجارية لأحدهما و الشركة المصطلحة لا تكون إلّا إذا كان من كلّ منهما مال و لو فرض كون المراد بالمشاركة المذكورة بيع صاحب الجارية نصفها من صاحبه و اشتراط

قسمة الرّبح بينهما و اختصاص صاحب الجارية بالخسران كان ذلك من الشرط فی ضمن عقد لازم و الغرض الاشتراط فی ضمن عقد الشركة فتغاير الدليل و المدّعی حجّة القول الثانی انّ الشرط المذكور مخالف لمقتضی عقد الشركة فيفسد و فيه ما مرّ من انّه مناف لمقتضی إطلاق الشركة لا مطلقة لأنّا نمنع كون ثبوت الخسران عليهما من لوازم مطلق عقد الشركة بل هو من لوازم إطلاقه فالحقّ انّ الشرط المذكور لا مانع من صحّته نعم لا نسلّم لزومه لكونه فی ضمن عقد جائز و هو عقد الشركة إذ لا يعقل لزوم الشّرط مع جواز العقد فلو فرض اشتراطه فی ضمن عقد لازم أخر كان الأظهر صحّته و لزومه و اللّه العالم

قوله طاب ثراه و منها ما اشتهر بينهم (– اه–)

قد تقدّم الكلام فی ذلك و فيما بعده من اشتراط عدم إخراج الزّوجة من بلدها و اشتراط توارث الزّوجين فی المتعة عند إشارته (– قدّه–) إليها عند الكلام فی معنی المخالفة للكتاب و السّنة فراجع

قوله طاب ثراه و لأجل صعوبة دفع ما ذكرنا من الإشكال (– اه–)

قد اضطربت كلماتهم فی بيان المراد بالمخالفة لمقتضی العقد و لهم فی ذلك مسالك و الذی يقتضيه النظر هو ان يقال انّ الشرط إن كان مناقضا للعقد و رافعا لما هو مقتضی ذاته و ما لا تتحقّق ماهيّته الّا به كاشتراط عدم الملك فی العقود المملّكة و عدم حلّ شیء من الاستمتاعات فی النّكاح و عدم السّلطنة علی الانتفاع فی الإجارة و نحو ذلك فلا إشكال فی فساده للوجهين اللذين استدلّ بهما فی المتن و غيره و ان لم يناقض حقيقة العقد فإن كان مخالفا للكتاب و السّنة علی التفسير المتقدم فلا إشكال فی فساده (– أيضا–) و امّا إذا نافی مقتضی إطلاق العقد فلا إشكال فی عدم إيجابه الفساد و لا ضابط كلّيا لتميّز ذلك و الإحالة إلی نظر الفقيه و ما يفهمه من الأدلّة علی النحو الذی ذكره الماتن (– ره–) هو الوجه و اللّه العالم

[السادس من شروط صحة الشرط أن لا يكون الشرط مجهولا]

قوله طاب ثراه الشرط السّادس ان لا يكون الشرط مجهولا (– اه–)

تحقيق القول فی المقام انّ الشرط المجهول علی قسمين أحدهما ما يؤدّی جهالته إلی جهالة أحد العوضين مثل اشتراط تأجيل أحد العوضين مدّة مجهولة و الأخر ما لا يؤدّی جهالته إلی جهالة شیء من العوضين و الفرق بين القسمين فی غاية الظهور فإنّه لو قال بعتك هذا بألف إلی سنة بشرط انّه ان حدث كذا فی خلال المدّة كان الثمن خمسين ادّی جهالة الشرط إلی جهالة الثمن من حيث هو عوض بخلاف ما لو قال بعتك بألف إلی سنة بشرط انّه ان حدث كذا فی خلال السّنة وهبت إلی خمسمائة منها أو أسقطتها فإنّه لا يوجب الجهل فی العوض لأن العوض هو الألف و شرط هبة العوض أو إسقاطه لا يوجب جهل العوض و كذا لو قال بعتك بمائة مؤجّلا إلی سنة و شرطت انّه ان حدث كذا كان الثمن معجّلا عنده جاء الجهل فی العوض و لو قال بعتك بمائة مؤجلا إلی سنة

ص: ۱۵۹

بشرط انّه ان حدث كذا أعطيتك الثمن عنده لم يدخل الجهل فى العوض إلى غير ذلك من الأمثلة و إذ قد عرفت ذلك نقول امّا القسم الأوّل فلا ريب فى بطلانه لبطلان العقد المتوقّف على صحّته صحّة الشّرط و لا أظنّ وجود خلاف فى ذلك بل قيل انّ عليه علمائنا اجمع لشمول النهى عن بيع الغرر لذلك قطعا و امّا القسم الثانى ففى صحّته و فساده وجهان بل قولان حجّة الأوّل عمومات الشروط من غير معارض و حجّة الثّانى انّ النهى عن الغرر فى البيع شامل للعقد ذى الشّرط المفروض فيه الغرر و ان لم يصدق على الشرط انّه بيع أو منه أو ثمن أو منه لانّ المراد النهى عن الغرر فى عقد البيع و لو بالنّسبة إلى ما فيه من الشرط كما هو واضح و أنت خبير بما فيه ضرورة انّ المتبادر من النّهى انّما هو النهى عن إيقاع العقد على ما فيه غرر و ليس الشرط ممّا وقع عليه العقد قطعا و انما هو إلزام فى ضمنه بشىء أخر و ان لم يكن وقوع البيع عليه كالأعمال و نحوها و دعوى انّ جهالته تستلزم جهالة أحدهما دائما لأنّ له قسطا منه عندهم عهدتها على مدّعيها إذ قد يكون الشرط غير ملحوظ للمتعاقدين على وجه ببذل بعض الثمن لأجله و لعلّه من هنا فرق فى (- كرة-) فى حمل الحيوان و بعض الدّجاجة و ما للعبد المجهول المقدار بما حكاه عنه الماتن (- ره-) و أوضح من دعوى شمول النهى للفرض سقوطا دعوى اندراج كلّ شرط فى اسم كلّ عقد وقع فيه فان صحّة السّلب عنه أقوى شاهد على خلافها بعد عدم الدليل على المساواة فى الحكم و كذا دعوى استلزام جهالة الشرط الجهالة فيهما نظرا إلى ان له مدخليّة فيهما ضرورة أنّها دعوى محضة لا شاهد عليها فى العرف و لا اللغة و لا الشرع و مدخليّته الّتى هى بمنزلة الداعى لا تقتضى ذلك قطعا و لا يندرج بسببها فى دليل منع الجهالة فى الثمن و المثمن كما هو واضح فهو (- ح-) قسم من الملزمات برأسه و ان اعتبر فى إلزامه وقوعه فى ضمن عقد لازم كما نبّه على ذلك فى الجواهر ثمّ قال و لذا صحّ اشتراط ما لا يصحّ وقوع العقد المشترط فيه عليه كاشتراط المنفعة و نحوها فى عقد البيع و العين فى عقد الإجارة و تصفّح ما ذكره الأصحاب من صحّة اشتراط الرّهن و الضامن و العتق و نحو ذلك مع انّ فى مطلقها جهالة لا تغتفر فى نظيره فى البيع انتهى و بالجملة ففساد الشرط المجهول جهالة ايلة إلى العلم غير مؤدية إلى جهالة شىء من العوضين محلّ تأمّل بل منع و عمومات الشروط محكمة و قد نبّهنا فى الأمر الخامس من الأمور التى صدرنا بها مبحث الشّروط على سقوط دعوى كون الشرط كأحد العوضين فى جميع الاحكام فتذكر و امّا الجهالة الّتى لا تؤل الى العلم فقد يوجّه فيها البطلان نظرا إلى أنّه مثار النزاع و لم يعهد نظيره فى الشرع بل المعلوم منه خلافه فتأمّل جيّدا ثمّ انه قد ظهر ممّا مرّ النظر فيما فى العناوين من انّ الشرط لما كان مرتبطا بالعقد فيكون بمنزلة وصف مأخوذ فى أحد العوضين من جهة المعاوضة و حكمه بمنزلة أصل العوضين فكما انّ العوض لو كان مجهول الوصف تبطل المعاملة للزوم الغرر فكذلك الشرط إذا تجهل بنفسه أو شرط على نحو يوجب تزلزلا و تردّدا فى العوض قابلا للنّقص و الزيادة يبطل لانّ ذلك راجع إلى أصل العوض و لا فرق فى الجهالة بين كونها فى أصل المفهوم أو العين و بين كونها فى المجموع المركب المقصود و لو باعتبار المعتبر و قصد القاصد انتهى فانّ ما ذكره حقّ بالنسبة إلى الجهالة المؤدية إلى جهالة أحد العوضين دون غير المؤدّية إليها كما عرفت نعم قد أجاد (- قدّه-) فيما افاده بعد ذلك من انّ الشرط المذكور حيث بطل فإنّما يبطل حيث كان ذلك العقد ممّا لا يقبل الجهالة لأن إبطال هذا الشرط للعقد و كونه باعثا على تخلّف شرطه صار سببا لبطلانه فيدور مدار ذلك فإن كان العقد ممّا يداق فيها كالبيع و الإجارة و نحو ذلك يبطل فيه اشتراط ما يؤدى إلى الجهالة و إن كان مما يتحمّل الجهالة كالصّلح مثلا فلا بأس فيه بذلك لكن ذلك يتبع مقدار التحمل فان كان يتحمّل الجهالة الآئلة إلى العلم كما فى الصلح على ما نختاره (- فكذلك-) فى الشرط فيجوز اشتراط ما يوجب جهالة (- ككك-) و إن كان يتحمل الجهالة (- مط-) فيجوز اشتراط ما يوجب الجهالة كيف كانت كما لا يخفى على المتأمّل

[السابع من شروط صحة الشرط أن لا يكون مستلزما لمحال]

قوله طاب ثراه و الّا جاء الدّور (- اه-)

فيه منع ظاهر لانّ المتوقّف على ملكه انّما هو بيعه و ملكه و ملكه غير موقوف على بيعه بل انّما هو متوقّف على شرائه فللوقوف غير الموقوف عليه فلا دور

قوله طاب ثراه و قد تقدّم تقرير الدّور مع جوابه فى باب النقد و النسية (- اه-)

هذا سهو من قلمه الشريف و حق العبارة كلمة يأتى بدل كلمة تقدّم و ظنّى انه كان أوّلا كتابه هذا على غير هذا الترتيب و كان مبحث النقد و النّسية مقدّما على مبحث الشروط ثمّ أخّره و ذهل عن هذه العبارة و قد ذكر الدور و جوابه فى المسئلة الأخيرة من مسائل النقد و النسية عند التعرض لحكم بيع الشيء من غيره بشرط ان يبعه المشترى من البائع فلاحظ

[الثامن من شروط صحة الشرط أن يلتزم به فى متن العقد]

قوله طاب ثراه لان المشروط عليه ان إنشاء التزام (- اه-)

قد وقع الاستدلال لعدم كفاية تواطئهما على الشرط قبل العقد من دون ذكرهما إيّاه فيه بوجوه هذا أحدها و الثانى انه لا حقيقة شرعيّة للشّرط فلا محيص عن حمل خطاباته عند إطلاق اللفظ و تجرّده عن القرائن على المعنى العرفى و اللّغوى للشرط لانّ اللّه تعالى ما أرسل رسولا الّا بلسان قومه و العرف و اللّغة متطابقان على عدم إطلاق الشرط على الالتزام الابتدائى من غير عقد و من البيّن انّ لحوق العقد على التواطى من غير اشارة فيه إلى الشرط لا يخرجه عن كونه التزاما ابتدائيّا و الوجه فيما ادّعيناه من تطابق العرف و اللّغة ظاهر امّا الأوّل فلوضوح انه لو قيل شرط فلان على نفسه كذا لم يتبادر منه الّا الشرط الضّمنى و امّا الثانى فلقول صاحب القاموس الشرط إلزام الشيء و التزامه فى البيع و نحوه فان ظاهره كون استعماله فى الإلزام الابتدائى مجازا فلا يصار اليه الّا بقرينة (- فت-) الثالث انّ من البيّن عدم حصول النقل و الانتقال بالقصد وحده بل انّما شرع اللفظ لإظهار ما فى الضمير فلا يؤثّر اللّفظ الإنشائى إلّا ما افاده ظاهره فاذا لم يشيرا إلى الشرط فى ضمن العقد لم يكن الملزم حاصلا فلا يؤثّر الرّابع أصالة عدم وجوب الوفاء بالشرط الغير المذكور فى العقد و أصالة عدم ثبوت الخيار بتعذّره الخامس انّك قد سمعت منّا فى مقدّمات المبحث انّ الشرط فى العقد انّما هو بمعنى الرّبط و احداث العلقة بين العقد و ما شرط و لازم ذلك عدم إطلاقه على الإلزام المستقلّ الّذى لا ربط له بشيء أخر فالارتباط يقتضى وقوعه بحيث لا يتم العقد قبله و لا يقع هو قبل العقد لانّ كلّا منهما يستلزم الاستقلال و هو خلاف موضوع الشرط على ما مرّ فما تقدّم على العقد و تأخّر عنه لا عبرة به لفوات الارتباط و إن كان مقصودا حال العقد إذ القصد الخالى عن الدّلالة لا عبرة به لكونه من قبيل الدّواعى الّتى لا تؤثر شيئا بالنسبة إلى العقد بل قد يظهر من كثير من عبائرهم فى كثير من المقامات عدم اعتبار ما أضمر فى العقد إضمارا و بنى عليه العقد لقرينة حاليّة أو مقاليّة و انّ الشرط بمنزلة الصّيغة لا بدّ من التصريح به و إن كان فيه نظر ضرورة دخول ذلك تحت إطلاق الشروط فتشمله الأدلّة فإنّ أمر الشرط لا يزيد على العوضين و قد اجتزى به فيهما و الّا لما اكتفى بقبلت وحده السّادس رواية ابن بكير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال قال (- ع-)

ص: ۱۶۰

إذا شرطت على المرية شرطا فرضيت به و أوجبت التزويج فادد عليها شرطك الأوّل بعد النّكاح فإذا أجازته فقد جاز و ان لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من الشرط قبل النكاح و هى كما ترى صريحة فى عدم كفاية التّواطى على الشرط قبل العقد و الظاهر انّ المراد ببعد النّكاح بعد الإيجاب أو بعد القبول متّصلا به كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و ظاهر عبارتى (- يع-) و (- كرة-) (- اه-)

لم افهم وجه الاستظهار من عبارة (- يع-) فإنّ العبارة هكذا لو باع غلامه سلعة ثمَّ اشتراها بزيادة جاز ان يخبر بثمن الثانى ان لم يكن شرط اعادته و لو شرط لم يجز لأنه خيانة انتهى و هو كما ترى أعمّ من صورة قصدهما (- أيضا-) نعم عبارة (- كرة-) ظاهرة بل صريحة فيما استظهره منها لأنّها هكذا إذا باع شيئا و شرط الابتياع حال البيع لم يجز لاستلزامه الدّور و يجوز لو كان ذلك من قصدهما و لم يذكراه لفظا فى العقد فاذا باع غلامه أو صاحبه أو ولده سلعة ثمَّ اشتراها بزيادة من غير شرط الابتياع جاز و ان قصد بذلك الأخبار بالزائد كره و كذا يكره ان يواطئ وكيله فيبيع ما اشتراه منه ثمَّ يشتريه بأكثر ليخبر به فى المرابحة انتهى

قوله طاب ثراه لكن قد تقدّم فى خيار المجلس النظر فى هذه النسبة إلى الخلاف بل المختلف فراجع

الذى ذكره فى خيار المجلس انما هو عدم صحّة النسبة إلى الخلاف و لم يذكر ممّا يتعلّق بعبارة (- لف-) هناك شيئا نعم ما هنا من تكذيبه النّسبة إلى (- لف-) حقّ لأنّ عبارة (- لف-) صريحة فى خلاف ما عزى إليه لأنه قال مسئلة قال فى (- ف-) لو شرطا قبل العقد ان لا يثبت بينهما خيار بعد العقد صحّ الشرط و لزم العقد بنفس الإيجاب و القبول و عندى فى ذلك نظر فانّ الشرط انّما يعتبر حكمه لو وقع فى متن العقد نعم لو شرطا قبل العقد و تبايعا على ذلك الشرط صحّ ما شرطاه انتهى لكنّه كما ترى نسب إلى (- ف-) ما منع الماتن (- ره-) أراد الشيخ (- ره-) ذلك من كلامه

قوله طاب ثراه بعد ملاحظة رجوع الشرط إلى جزء من احد العوضين (- اه-)

قد عرفت فى مقدّمات المبحث المنع من رجوع الشرط إلى جزء من احد العوضين بالمعنى الّذى يتخيّل فسقط الاستدلال و بقى الشرط المذكور خاليا عن مستند و منفيّا بالأصل و العمومات

[مسألة فی حكم الشرط الصحیح و تفصیله و وجوب الوفاء بالشرط]

اشارة

قوله طاب ثراه كعدم الخيار للمكاتبة الّتى أعانها ولد زوجها (- اه-)

أشار بذلك إلى الصّحيح الذى رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن محمّد بن يحيى عن احمد بن محمّد عن ابن محبوب عن مالك بن عطيّة عن سليمان بن خالد عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال سالته عن رجل كان له أب مملوك و كانت لأبيه أمرية مكاتبة قد أدّت بعض ما عليها فقال لها ابن العبد هل لك ان أعينك فى مكاتبتك حتّى تؤدى ما عليك بشرط ان لا يكون لك الخيار على ابى إذا أنت ملكت نفسك قالت نعم فأعطاها فى مكاتبتها على ان لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك قال لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم

قوله طاب ثراه كما يصحّ نذر مثل هذه الغايات (- اه-)

لما كان من المسائل العويصة و الفروع المشكلة مسئلة نذر النتيجة و الغاية و قد ابتنى عليها فروع كثيرة فى أبواب الفقه و كان تعرّض لها الشيخ الوالد العلّامة أنار اللّه برهانه فى غاية الآمال و لم يستوف المقال فيها حقّ الاستيفاء لزمنا استيفاء المقال فيها هنا مراعاة لما عليه وضع الكتاب من كونه تكلمه لغاية الآمال و إن كان خارجا عن وضع التحشية فنقول و باللّه التوفيق ان جعل الإنسان شيئا صدقة

أو حيوانا أضحية أو نحو ذلك يقع تارة بالفعل بان يتصدّق به على الفقير أو يذبح الحيوان أضحية مثلا و لا ريب و لا شبهة فى صحّة ذلك و اخرى بالقول و هذا هو المبحوث عنه و يقع البحث عنه تارة فى كيفيّة السّبب الصّحيح شرعا و اخرى فى انّ التصرّف فى العين المتعلّق بها النّذر المعلّق على شرط قبل وقوع الشرط صحيح جائز أم لا امّا الحجة الأولى اعنى البحث عن السّبب الصّحيح فتوضيح القول فيها انّ السّبب على أقسام الأوّل مجرّد جعل المال صدقة أو الحيوان أضحية مقرونا بالشرط أو بدونه بان يقول جعلت هذا المال أو المال الفلانى صدقة أو هذا الحيوان أضحية و يقصد القربة من دون اقترانه بالنّذر و ما قام مقامه من العهد و اليمين الثّانى نذر الأسباب و الأفعال بأن ينذر إعطاء المال للفقراء فى سبيل اللّه و التضحية بالحيوان و ذبحه فى سبيل اللّه الثّالث نذر النتيجة و الغاية بأن ينذر صيرورة المال صدقة للفقراء أو صيرورة الحيوان أضحية أو ماله مال زيد أو داره وقفا و نحو ذلك امّا القسم الأوّل ففى كونه من أسباب فك الملك شرعا و انه بمجرّد قوله جعلته صدقة أو جعلته أضحية هل يخرج عن ملكه و يصير للّه تعالى يستحقّه عباده الفقراء أم لا وجهان أظهرهما فى النظر هو الثّانى وفاقا للمحقق الثانى و خلافا لجماعة منهم الشيخ الوالد العلّامة أنار اللّه برهانه قال (- قدّه-) فى فروع بيع الفضولى من غاية الآمال انّ الأقوى هو الأوّل فيخرج عن ملكه بمجرّد قوله المذكور و كذا لو اتى بالجملة الاسميّة فقال هذه صدقة أو أضحية و قصد القربة إذ لا مانع من استعمال الجملة الاسميّة فى مقام الإنشاء و قد تحقّق صحّته فى الطلاق و العتق ثمّ قال (- قده-) بل نعمّم المقال و نقول انّ مثل ذلك يجرى فى كلّ ما يجعل للّه الّا الوقف ففيه خلاف و على هذا فلو جعل شيئا صدقة و اتى باللفظ الدّال على ذلك فقال جعلته صدقة أو هذه صدقة خرج عن ملكه و لم يكن له العود اليه و (- كك-) فيما تعارف من تسبيل الماء فى المشهدين الشريفين فلو قال سبّلت هذا الماء أو هذا الماء سبيل خرج عن ملكه و لم يكن له العود اليه بل ذهب الشيخ (- ره-) فى خصوص الأضحية إلى أنها تتعيّن بالشراء بنيّة الأضحية قال فى كتاب الضّحايا من (- ط-) إذا اشترى شاة تجرى فى الأضحية بنيّة انها أضحية ملكها بالشراء و صارت أضحية و لا يحتاج ان يجعلها أضحية بقول و لا نيّة مجددة و لا تقليد و لا إشعار لأنّ ذلك انّما يراعى فى الهدى خاصّة فإذا ثبت ذلك أو كانت فى ملكه فقال قد جعلت هذه أضحية فقد زال ملكه عنها و انقطع تصرّفه فيها فان باعها فالبيع باطل لانّه باع مال غيره فان كانت قائمة ردّها فان ماتت فعليه ضمانها و هكذا لو أتلفها قبل وقت الذبح كان عليه ضمانها و الضّمان يكون بقيمتها يوم أتلفها انتهى و الوجه ما ذكرناه و هو الذى صرّح به العلّامة (- ره-) فى (- شاد-) حيث قال و يتعيّن بقوله جعلت هذه الشاة أضحية و لو قال للّه علىّ التضحية بهذه تعيّنت انتهى و حكى عن (- كرة-) و عبارتها فى مبحث الضّحايا لا تفى بالحكم بشىء إذ لم يذكر هناك سوى قول الشيخ (- ره-) المتقدّم ذكره و أقوال العامّة و حكى عن (- س-) انّه قال فيها و لو كانت فى ملكه تعيّنت بقوله جعلتها أضحية فيزول ملكه عنها و ليس له إبدالها و ان أتلفها أو فرط فيها فتلفت فعليه قيمتها يوم التّلف و ان أتلفها غيره فله ارفع القيم عند الشيخ (- ره-) فيشترى به غيرها هذا كلامه (- ره-) خلافا للمحقّق الشيخ على (- ره-) فى حاشية (- شاد-) حيث كتب على العبارة الّتى قدّمنا نقلها عنه ما نصّه ينبغى ان لا يتعيّن الّا بنذر و شبهه انتهى و هذا هو الذى يوهم ما حكى عن السيد (- ره-) و من بعده من انّ من نذر الإنعام صدقة لا يجب عليه فيها الزكاة فهو (- ره-) و كلّ من تعرّض للمسئلة فرضوا المانع من الزكاة خصوص النذر

دون جعلها صدقة مثلا فربّما أوهم ذلك مصيرهم إلى المنع من صيرورة الشىء صدقة أو صيرورة الشاة أضحية بما ذكرناه و لكن لا يبعد ان يكون ذكر النّذر من باب كونه ممّا يتحقّق به المانع لا من باب انحصاره فيه فلاحظ كلماتهم فى باب الزكاة و تدبّر هذا كلامه بطوله علا مقامه و محصّله ان هنا قولين أحدهما الصحة و حصول فكّ الملك به و الأخر العدم و قد قلنا فى صدر المقال انّ الأقوى خلافا له

ص: ۱۶۱

(- قده-) هو الثانى لنا على ذلك ان انفكاك الملك و زواله يحتاج إلى سبب موظّف من الشّارع و لا دليل على سببيّة مجرّد قوله صدقة و نحوه و لو بلسان الأخبار مزيلا لملكه ما لم يندرج فى شىء من العناوين الموظّفة من النّذر و شبهه و لو شكّ فالأصل بقاء الملك و السّلطنة و عدم زوالهما و يؤيّد ذلك انّهم ذكروا من غير خلاف ينقل باشتراط القبض فى لزوم الصّدقة ان لم يشترط فى صحّتها فكيف حكموا فى الأمثلة المزبورة بالتعيّن بمجرّد اخباره بكون المال صدقة أو إنشائه لذلك و لا يتوهّم اختصاص اعتبار القبض فيما لم يسبق فيه إنشاء إذ فيه انّهم اعتبروا القبض بعد اعتبار الإيجاب و القبول فهو معتبر معهما احتجّوا للصّحة و اللّزوم بوجوه أحدها قوله (- تعالى-) أَوْفُوا بِالْعُقُودِ خصوصا بملاحظة الرّواية النّاطقة بتفسير العقود فيه بالعقود تمسّك به (- قدّه-) و فيه نظر ظاهر ضرورة عدم العبرة بمطلق العهد إجماعا فالتفسير لا اعتماد عليه و العقد لغة و عرفا لا يتحقق فى الخارج الّا بطرفين فكيف أدرج (- قدّه-) الفرض مع كونه من طرف واحد تحت عموم الآية الثّانى العمومات الواردة فيما جعل للّه مثل قوله عليه السّلام ما جعلته للّه (- فف-) به و فى خبر الحكم ما جعل للّه فلا رجعة فيه و قوله عليه السلام فى رواية محمّد بن مسلم ما جعل للّه فى طاعة فليقضه تمسّك بها هو (- قدّه-) و ايّدها بقول أمير المؤمنين (- ع-) لما بشّر بعين ينبع بشّر الوارث هذه صدقة بتّاء بتلاء فى حجيج بيت اللّه و أمثالها ممّا هو مذكور فى كتب الأخبار و أنت خبير بعدم تأييد فى هذا الخبر لكون مورده الصدقة البتلاء التى ليست إلّا عبارة عن الوقف الّذى لا ربط له بمفروض البحث أصلا و امّا الأخبار التى تمسّك بها ففى دلالتها على مرامه أعلى اللّه درجته نظر ظاهر ضرورة انّ مفادها انّما هو لزوم الوفاء بما جعله اللّه و ذلك مسلّم و لا ينفعه لعدم معلوميّة صدق الجعل للّه على مجرّد قوله هذه الدار صدقة أو هذه الشّاة أضحية و الاخبار المتمسّك بها لا تثبت ذلك و دعوى صدق الجعل للّه عرفا على ذلك على فرض تسليمها مندفعة باستلزام ذلك وهن الأخبار بكثرة التخصيص لخروج النّذر بصيغة فاسدة و على عمل غير راجح و مجرّد العقد القلبى و نحو ذلك ممّا لا يسع المستدلّ قدس سره الالتزام به فتكون العمومات المزبورة من العمومات الموهونة بكثرة التخصيص المتوقف العمل بها على جابر من شهرة و نحوها كما هو الحال فى عمومات القرعة و نحوها و لا جائز فى المقام الثالث مرسل ابن ابى عمير الآتى عند الكلام فى القسم الثّانى تمسّك به بعضهم و فيه انّ مورده الصّدقة دون النّذر الرّابع ما حكى (- قده-) عن شيخه و ماتنه (- قدّه-) التمسّك به فى مجلس البحث من قوله صلّى اللّه عليه و آله المؤمنون عند شروطهم اى ملتزمون بها بتقريب انّه ليس معنى الشرط سوى الإلزام و الالتزام يعنى انّ المؤمنين ملتزمون بالتزاماتهم لا يتجاوزون ما التزموه على أنفسهم و قد أريد به الإنشاء و ليس حكمه مخصوصا بالشروط فى ضمن العقد بل يجرى فى كلّ التزام و لذلك تمسّك به المحقّق الأردبيلى (- ره-) فى المقام و فيه ما فى سابقة من عدم العبرة بإطلاقه و الّا للزم تخصيص الأكثر و قد اعترف بهذا المعنى هو (- أيضا-) حيث أورد على شيخه باختصاص الشروط بما كان فى ضمن شيء من العقود و العهود المستقلّة ثمّ انه (- قده-) قال انّ محصّل المقال انّ الأدلّة تعطى لزوم الوفاء و عدم جواز الرّجوع و يوافقها فتوى جماعة فلا مانع من الالتزام بمؤدّاها قلت قد عرفت عدم الدليل على ذلك و مجرّد فتوى جمع لا عبرة به فيبقى تحت الأصل و قاعدة التّوقيف ثمّ انّه أنار اللّه برهانه قال انّ الإنشاء المذكور كما يؤثّر فى خروج الأضحية عن الملكيّة يمكن ان يقال بتأثيره فى غير ذلك ممّا يقصد به القربة و لم يثبت فيه من الشارع اعتبار لفظ خاصّ كالوقف و الهبة و البيع و ان توقّف على القبول و كفى باللّه قابلا للقربات و الصّدقات الّتى هى له تعالى ثمّ قال بل يمكن القول بتأثيره فى الوقف العام من غير توقّف على قبول غيره (- تعالى-) لو لم يكن إجماع على اشتراط القبول من غيره تعالى انتهى كلامه علا مقرّه و مقامه و هو كما ترى لا ينطبق على القواعد الّتى منها اعتبار القبض فى الصّدقة و الوقف فكيف حكم بخروجه عن ملكه بمجرّد الإيجاب و امّا القسم الثانى أعنى نذر الأسباب بأن ينذر التضحية به أو إعطائه للفقراء و التصدّق به أو

وقفه أو نحو ذلك فلا خلاف و لا إشكال فى صحّته و لزومه لانّه متيقّن الاندراج تحت أدلّة النّذر ثمّ فيه وجوه ثلثة أحدها انّه يجب عليه ذلك الفعل ابتداء فى المطلق و بعد حصول الشرط فى المعلّق على شرط من دون زيادة انتقال المال إلى المنذور له و لا زيادة

ثبوت حق له فى ذلك فلا يصحّ له المطالبة به و الاقدام على دعويه فمع مخالفة النّاذر لا يترتّب عليه سوى العقاب و امّا جواز مطالبة المنذور له فلا نعم يصحّ للحاكم الشرعى ردعه من باب الأمر بالمعروف و النّهى عن المنكر ثانيها القول بأنه يثبت زيادة على وجوب أصل الفعل حق للمنذور له فى المال المنذور بمعنى انّه يجب على الناذر صرفه اليه و على هذا فلا يخرج العين المنذورة عن ملكه بمجرّد النذر الّا انّه يجب عليه إخراجه عن ملكه بصرفه إلى المنذور له فالثابت (- ح-) انّما هو حقّ للمنذور له لا تملكه للعين بالفعل ثالثها القول بأنه يثبت بالنّذر المتعلّق بالسبب خروج العين المنذورة عن ملك النّاذر و هذا الوجه اردء الوجوه إذ لا معنى لخروج العين عن ملكه بلا سبب فإنّه إنّما نذر ان يخرجه عن ملكه فلم يحصل منه قصد إلى الخروج فعلا و لا معنى للخروج من غير سبب فضلا عن الخروج من غير قصد و قد رجّح الشيخ الوالد (- قدّه-) الوجه الثانى نظرا إلى انّه هو المطابق للقاعدة من وجوب الوفاء بالنّذر بمعنى إيجاد متعلّقة و ليس متعلق النّذر الّا فعل سبب الخروج عن الملك فكيف يترتّب هو على النذر بمجرّد إيجابه من دون إيجاده فمقتضى النّذر وجوب فعل ما نذره فيثبت بذلك حقّ للمنذور له بمعنى انّه يجب صرفه المنذور اليه كما هو خيرة الأكثر فيبطل بذلك القول بخروج العين المنذورة عن ملكه بمجرّد نذر السّبب و كذلك يبطل احتمال انّه يثبت مجرّد وجوب الفعل من دون ثبوت حق للمنذور له و ما ذكره (- قدّه-) موجّه الّا انّ الأوجه هو الوجه الأوّل ضرورة انّه لم يلتزم بالفعل للمنذور بل للّه على نفسه فالمطالب بالكسر به هو اللّه تعالى دون المنذور له فلا حقّ له ثابتا يجوز له مطالبته و انّما المطالب هو الحاكم من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر (- فت-) و أوهن من القول بثبوت الحق له القول بانتقاله إلى وارثه لو مات قبل قبض العين المنذورة كما صدر من المحقق جمال الدين و المصنّف (- قدّهما-) نظرا إلى كون مقتضى الحق ان يورث فبعد ثبوت الحق يلزمه الإرث فإنّ فيه انّ الناذر انّما نذر إعطاء المال للمنذور له دون وارثه فاذا مات المنذور لزمه صرف المال فيما يرجع ثوابه اليه و ملك الوارث له فرع ملك المنذور له إيّاه قبل الموت و الفرض عدمه فلا وجه لانتقاله إلى وارثه لأنّ الإرث انتقال مال من ميّت إلى حيّ و هذا المال لم ينتقل فى حال حيوة المنذور له اليه حتى ينتقل بموته إلى وارثه الحيّ كما لا يخفى كما لا وجه لما ذكراه بعد ذلك من انّه لو مات النّاذر قبل إيفاء الحقّ وجب على وارثه إيفائه إلى المنذور له إذ فيه انّ المكلّف بالإيفاء هو الوصيّ لأنّه القائم مقام الميّت و المكلّف بإيفاء ما عليه و تفريغ ذمّته دون الوارث الّذى ليس له الّا أخذ حصّته الّا ان يكون الوصىّ هو الوارث فيكون عليه الإيفاء لكن لا بعنوان الوارثيّة بل بعنوان الوصاية كما لا يخفى و امّا القسم الثالث و هو نذر الغايات و النّتائج ففيه خلاف و اشكال و المراد بنذر النتائج ما هو الغاية و المقصود

ص: ۱۶۲

من قول أو فعل فيدخل فيه نذر كونه مبيعا أو موجرا أو نحو ذلك من نتائج العقود و الإيقاعات و مسبّباتها و كذا يدخل فيه نذر صيرورة المال صدقة الّتى هى نتيجة التصدّق به و نذر كون الحيوان أضحية الّذى هو نتيجة التضحية و ربّما اخرج صاحب الجواهر نذر كون الحيوان أضحية عن العنوان و جعل نذر النتائج عبارة عن نذر وقوع ماله أسباب شرعيّة من العقود و الإيقاعات كالنّكاح و البيع و الطّلاق و العتق و نحو ذلك الّا ان التأمّل يقضى بعموم العنوان قائلا و دليلا و قال الشيخ الوالد طاب ثراه فى كتاب الزكاة من الذرائع انّ محلّ البحث هنا هو انّ نذر الغايات الموقوفة على الأسباب الشرعيّة كالنكاح و الطلاق و الوقف و نحوها هل يكفى فى وقوع تلك الغايات من دون افتقار إلى إيجاد أسبابها الخاصّة و امّا لو نذر صيرورة درهم معيّن صدقة فيخرج الدّرهم عن ملكه و يصير ملكا للفقير قبل ان يسلّمه اليه و لم يجز له ابداله (- ح-) أو لا بدّ من إيجاد أسبابها الشرعيّة كما فى نذر المبادى أو لا يصحّ نذر الغايات من أصله قلت حاصل كلامه (- قدّه-) انّ هنا نزاعين أحدهما فى صحّة نذر الغاية و عدمها و الأخر الافتقار إلى إيجاد السّبب و عدمه بعد صحّة النّذر و قد جعل طاب ثراه بعد ذلك محلّ البحث هنا أصل الصّحة و عدمه و قد تصدّى (- قده-) فى غاية الآمال لنقل القولين فى الصّحة فقال ان فى صحّة نذر النتائج خلافا فذهب (- المصنف-) (- ره-) وفاقا لجماعة إلى الصّحة قال فى الشرائع و لو قال ان ملكتك فأنت حرّ لم ينعتق الّا ان يجعله نذرا و قال فى (- س-) و لو علّق بالملك فهو لغو الّا ان يجعله نذرا أو عهدا أو يمينا و (- ح-) ان قال للّه علىّ إعتاقه إن ملكته فلا بدّ من صيغة و ان قال للّه علىّ انه حرّ ان ملكته ففى افتقاره إلى الصّيغة نظر من تصريح الرّواية بالعتق و قطع المحقق (- ره-) بافتقاره إلى الصّيغة لئلّا يقع العتق فى غير ملك و يضعف بالاكتفاء بالملك الضّمنى كملك القريب آنا ما ثمّ يعتق انتهى فان جعله الافتقار إلى الصّيغة محلّ النّظر يدلّ على تسليم الصّحة و قال فى (- الروضة-) بعد قول الشّهيد (- ره-) و لا يجوز تعليقه على شرط ما لفظه نعم لو نذر عتق عبده عند شرط انعقد النّذر و انعتق مع وجود الشرط إن كانت الصّيغة انه ان كان كذا من الشروط السّائغة فعبدى حرّ و وجب عتقه ان قال فللّه علىّ ان أعتقه و المطابق للعبارة الأوّل لأنّه العتق المعلّق لا الثانى فإنّه؟؟؟ و مثله القول فيما لو نذر ان يكون ماله صدقة أو لزيد أو يتصدّق به أو يعطيه لزيد فإنّه ينتقل عن ملكه بحصول الشرط فى الأوّل و يصير ملكا قهريّا بخلاف الأخير فإنه لا يزول ملكه به و انّما يجب ان يتصدّق أو يعطى زيدا فان لم يفعل بقى على ملكه و ان حنث و يتفرّع على ذلك إبرائه منه قبل القبض فيصحّ فى الأوّل دون الثانى انتهى و قال فى (- لك-) فى شرح قول المحقّق (- ره-) و لو قال ان ملكتك فأنت حرّ لم ينعتق مع الملك الّا ان يجعله نذرا إذا علّق عتقه على ملكه له ففساد العتق من وجهين وقوعه من غير المالك و تعليقه على الشرط و يستثنى من ذلك ما لو جعله نذرا أو ما فى معناه كللّه على إعتاقه إن ملكته فيجب عتقه عند حصول الشرط لعموم الأمر بالوفاء للنذر و لا ينعتق بنفسه عند حصول الشرط لانّ العتق مشروط بانتقاله إلى ملكه و لو انا فلو عتق بمجرّد ملكه لزم العتق فى غير ملك كذا استدلّ (- المصنف-) (- ره-) و أجيب بجواز الاكتفاء بالملك الضّمنى كملك القريب انا ثمّ يعتق هذا إذا كانت الصّيغة للّه علىّ انه حرّ ان ملكته و نحوه و اما لو كانت للّه علىّ إعتاقه فلا إشكال فى افتقاره إلى الصّيغة انتهى ما فى (- لك-) فان الكلمات المذكورة و أمثالها ظاهرة فى كون صحة نذر النتائج مسلّمة عند أربابها غاية ما فى الباب وقوع الخلاف فى الافتقار إلى الصّيغة فتنظّر فيه الشهيد (- ره-) فى (- س-) فى الموارد المذكور اعنى نذر العتق و نفاه ثانى الشهيدين فى (- الروضة-) فى المورد المذكور و غيره من نذر كون ماله صدقة أو لزيد و لا يخفى ان ما حكى من تعليل المحقق (- ره-) بطلان العتق المعلّق لا يعطى بطلان نذر النتائج بل يدلّ على صحّته حيث أسند البطلان إلى الملك و الّا لكان اللازم إسناده اليه و إلى عدم صحّة نذر النّتائج فإسناده

إلى الأوّل وحده يدلّ على انّه لو نذرها فى الملك بان قال للّه على انّه حرّ ان حججت صحّ نذره و مثله الجواب عنه بانّ ذلك يصحّ بفرض الملك انا ليقع العتق فى الملك أو بانّ ذلك يرجع إلى نذر الفعل و ينصرف إلى إيجاد السّبب فان تصحيح النّذر المذكور بأحد التّأويلين يدلّ على تسليم صحّة أصل النّذر و إن كان يتّجه على الأول انّ لازمه هو تحقّق العتق و ان لم يتعقّبه ملك العبد

بالسّـبب الشرعى بعد ذلك لكنّه يدفع بالالتزام بان الملك آنا ما ليس فى مطلق قول من قال ان ملكتك فأنت حرّ لوجه اللّه بل يختصّ بما لو تعقبه سبب الملك ظاهرا فيكشف وقوعه فى الخارج عن تحقّق الملك انا ما عند تكلّمه بصيغة العتق المعلّق على الملك و ربّما أورد عليه فى الجواهر (- أيضا-) بان التزام ذلك بعـد ان دلّ الـدّليل على عتق القريب بدخوله فى ملك قريبه للجمع بينه و بين لا عتق إلّا فى ملك امّا فى المقام فلا دليل على انعتاقه بـذلك كى يلتزم التقـدير المذكور و أدلّة النّذر شـرعا تقتضـى وجوب الوفاء بالمنذور على شـرائطه الشـرعيّة لا انّها تشرع الشىء لنفسه و الّا لصحّ الطلاق بدون صيغته بنذره مثلا و كذا النّكاح و غيره و هو معلوم البطلان و من هنا صرّح بعضهم بوجوب الصيغة فى الفرض و يتّجه على الثانى انّه يخرج عن الفرض و يرجع البحث إلى انّ التجوز عن نذر الفعل بلفظ النتيجة المسبّبة عنه هل يجوز أم لا بل نقول انّ بعض موارده من قبيل ما تسالم عليه الجميع مثل مسئلة نذر حيوان معيّن أضحية و لهـذا قال فى الجواهر بعد قول المحقّق (- ره-) إذا نذر أضـحية معيّنة زال ملكه عنها و كانت امانة فى يده للمساكين بلا خلاف أجده فيه بيننـا بـل فى كشف اللّثام إجماعا كما فى (- ف-) الّا عن بعض العامّـة و لعلّه الحجّـة انتهى الّا انّه (- ره-) اخرج هـذه المسـئلة عن مسـئلة نذر النّتائج بناء على جعله مسـئلة نذر النتائج عبارة عن نذر ما هو مسبّب من الأسباب المقررة شرعا من مثل الطّلاق و النّكاح و العتق و البيع و نحو ذلك من العقود و الإيقاعات و لـذلك قال فى ذيل المسـئلة و بذلك كلّه يظهر لك ان المقام له خصوصـيّة لا من مسئلة نذر النتائج و من هنا يتّجه الاقتصار فيه على الأضحية و لا يلحق بها العقيقة فضلا عن غيرها بل قد يتوقّف فى إلحاق اخرى النّذر به فتأمّل جيّـدا انتهى ثمَّ انّ ما عرفته من الجماعة حكى القول به عن ابن حمزة (- أيضا-) و خالف فى ذلك صاحب (- ك-) على ما حكى عنه فان ظاهره الحكم بالبطلان و مثله جمال المحققين فى كتاب العتق من حواشى (- الروضة-) و وافقهما صاحب الجواهر هذا كلام الشـيخ الوالـد العلّامـة أنار اللّه برهانه فى غايـة الآمال فى تحرير القولين فى المسـئلة نقلناه بطوله لما فيه من الفائدة المهمّة و على هذا المنوال جرى فى كتاب الزكاة من الذرائع فقال انّ الأقوى صـحّة نذر الغايات وفاقا لغير واحد من الأصحاب بل ادّعى بعضهم على صحّة اطباق الخاصّة و العامّة بمعنى انّ الصـحة الالتزام بالغاية فى الجملة و وقوعه فى الاستعمالات العرفيّة ممّا لا يظهر فيه خلاف بينهم و انما الخلاف فى انه هل يكفى مجرّد الالتزام بها فى وقوعها أو لا بدّ من إيقاع صـيغة أخرى تكون سـببا شـرعيّا لحصولها ثمَّ استشهد على المسلّمية بعبـارة (- س-) و (- الروضـة-) و (- لـك-) المزبورة ثمَّ قـال إلى غير ذلـك من كلمـاتهم الظـاهرة فى انّ الخلاف و الاشكال فى باب

ص: ۱۶۳

نذر الغايات انما هو فى الافتقار إلى إيجاد السّبب عند حصول الشرط و عدم الافتقار اليه لا فى صحّته و عدم صحّته فان التصفّح فى كلماتهم يعطى تسالمهم على انّ النّذر المذكور لا ضير فيه و ان الالتزام بالغاية له معنى عرفى معقول بل يظهر منهم الإجماع على عدم الافتقار إلى إيجاد السّبب فى بعض الموارد كما فى العتق ان علّقه على الملك إلى أخر ما ذكره (- قدّه-) و أقول قد اضطربت كلمات النّقلة فى هذه المسئلة فمنهم من نقل فيها قولين و منهم من نقل ثلثة أقوال و منهم من نقل أربعة ثمّ انّ الناقلون (- أيضا-) اختلفوا فى القائلين و منشأ هذا الاضطراب كون الكلام هنا فى الكلية فكلّ من وجد أحدا قال فى فرع من فروع الكلية بشىء عزى اليه ذلك فى الكلية و لم يتبيّن المراد (- أيضا-) لجملة منهم بل قد يظنّ النّاظر فى كلماتهم لفظيّة النزاع بينهم و انّ القائل بالبطلان يريد عدم ترتّب المسبّب بمجرّد النّذر من دون إيجاد سببه و انّ القائل بالصّحة يريد صحّة النّذر و ترتّب الأثر و هو لزوم إيجاد السّبب عليه و حيث ان تنقيح ذلك ليس به كثير فائدة مع توقّفه على نقل شطر وافر من كلماتهم اقتصرنا على ما صدر من جمع من نقل أقوال فى المسئلة و نسبة كلّ منها إلى بعض و نعود إلى ملاحظة الأدلّة فإنها هى المرجع و المعوّل فنقول المذكور فى كلماتهم احتمالات و أقوال أحدها صحّة نذر النتيجة و ترتب الأثر عليه من غير حاجة الى إيجاد سبب المنذور بعد ذلك و هذا و ان نقله بعضهم على وجه الكلية لكن الفقيه الماهر يقطع بأنه لا أصل له ضرورة عدم تعقل ان يقول أحد بكفاية نذر كون المرية زوجة و الزوجة مطلّقة و المال مبيعا من دون إيجاد السّبب الخاصّ المجعول لذلك فى الشريعة ثانيها البطلان رأسا و عدم وجوب الوفاء به و لا يجب إيجاد السبب (- أيضا-) قال به سيّدنا صاحب (- ك-) و غرى إلى المحقق الخونسارى (- ره-) (- أيضا-) و لعله مأخوذ من الدّليل الآتى الّذى اقامه على الفساد و فيه انه صرّح بعد ذلك بصحة النّذر و وجوب إيجاد السّبب بعده إلّا إذا صرّح النّاذر بإرادة الغاية من غير سبب فيفسد فيكون ذلك تفصيلا فى المسئلة لا قولا بالفساد (- مط-) و لقد قال بعض أهل الاستقامة انى كلّما تتبعت لم أجد قائلا بالفساد غير صاحب (- ك-) ثالثها الصّحة مع الاحتياج إلى سبب أخر غير النّذر (- مط-) غرى ذلك بعضهم إلى صريح المحقّق الثانى و المحقّق جمال الدين الخوانسارى فى حاشية (- الروضة-) و ظاهر صاحب الإشارات فى منهاجه فى المسائل المتعلّقة بنذر العتق و هو الذى اختاره (- المصنف-) (- ره-) فيما حرّره فى الزكاة رابعها الصحة مع التفصيل فى الاحتياج إلى السّبب و عدمه بينما إذا كان للغاية المنذورة سبب خاصّ كالنّكاح و الطلاق و نحوهما فيحتاج إلى إيجاد السّبب و بينما إذا لم يكن للغاية المنذورة سبب خاصّ كالصّدقة و العتق فلا يحتاج إلى إيجاد السّبب و هذا هو خيرة جمع من محقّقى الأواخر و هو المغرى إلى المحقّق و العلّامة فى (- شاد-) و (- عد-) و الشهيدين فى (- س-) و (- الروضة-) و ظاهر (- لك-) حجّة القول الأوّل أمران الأوّل أدلّة وجوب الوفاء بالنّذر كتابا و سنة مثل قوله صلّى اللّه عليه و آله ما جعلته للّه (- فف-) به و نحوه و فيه ما يأتى من قصور ذلك عن إثبات عدم الحاجة إلى سبب أخر الثانى عدّة من الأخبار فمنها موثق إسحاق بن عمّار عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال قلت له رجل كان عليه حجّة الإسلام فأراد أن يحجّ فقيل له تزوّج ثمّ حجّ فقال ان تزوجت قبل ان أحجّ فغلامى حرّ فتزوّج قبل ان يحجّ قال عليه السلام أعتق غلامه فقلت لم يرد بعتقه وجه اللّه فقال انه نذر فى طاعة اللّه و الحج أحقّ من التزويج و أوجب عليه من التّزويج قلت فان حجّ تطوّعا قال و ان كان تطوّعا فهى طاعة للّه قد أعتق غلامه فانّ قوله عليه السّلام قد أعتق غلامه ليست جملة إنشائية بل جملة خبريّة بدلالة كلمة قد المختصّة بالأخبار فتدلّ (- ح-) على وقوع العتق بنفس النّذر المذكور و لا يجب إيجاد سبب العتق بعد ذلك و هو و ان لم يتضمّن إنشاء النّذر لكن الأصحاب حملوه عليه بقرينة قوله عليه السّلام انّه نذر بناء منه على عدم صحّة التعليق فى إنشاء العتق و منها صحيح محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام قال سالته عن الرّجل تكون له الأمة فيقول يوم يأتيها فهى حرّة ثمّ يبيعها من رجل ثمّ يشتريها بعد ذلك قال

لا بأس بأن يأتيها قد خرجت عن ملكه فانّ تعليل عدم الباس بالخروج عن ملكه يعطى انّه لو لم يبعها لكان النّذر منعقدا موجبا لوقوع المنذور و هو كونها حرّة بإتيانها كما هو مقتضى السّؤال و منها الخبر عن ابى الحسن الرّضا عليه السّلام عن رجل قال عند موته كلّ

مملوك لى قديم فهو حرّ لوجه اللّه قال ان اللّه عزّ و جل يقول حَتّٰى عٰادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ فما كان من مماليكه اتى له ستّة أشهر فهو قديم حرّ و هذا و ان ورد فى غير النّذر لكنّهم استندوا إليه فى النّذر (- أيضا-) و منها رواية إبراهيم بن عبّاس قال سمعت على بن موسى الرّضا عليه السّلام يقول حلفت بالعتق و لا احلف بالعتق الّا أعتقت رقبة و أعتقت بعدها جميع ما أملك إن كان أرى أنّى خير من هذا و أومى بيده إلى عبد اسود من غلمانه بقرابتى من رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله الّا ان يكون لى عمل صالح فأكون أفضل منه دلّ على انه إذا حلف بالعتق وفى و نوقش فيه بوروده مورد التقيّة لأنّ الحلف بالعتق و الطّلاق مذهب العامّة و ليس من مذهبنا و أجيب بأنّ مذهبهم جعل العتق زجرا للعمل من دون صيغة و مورد الخبر هو الحلف باللّه الّذى هو مثل النّذر و العهد فى الأثر و وجوب الوفاء بعده و منه يظهر عدم قدح كون مورده الحلف دون النذر الّذى كلامنا فيه لانّ حكمهما من الجهة المبحوث عنهما واحد و منها مرسل ابن ابى عمير عن أبى عبد اللّه عليه السّلام فى الرجل تكون له جارية فتؤذيه امرئته أو تغار عليه فيقول هى عليك صدقة فقال ان كان جعلها للّه و ذكر اللّه فليس له ان يقربها و ان لم يكن ذكر اللّه فهى جاريته يصنع بها ما شاء فانّ قوله عليه السّلام فليس له ان يقربها ظاهر فى خروجها عن ملكه و انّها ليست جاريته بعد النّذر الذى قصد به القربة خصوصا بقرينة مقابلته بقوله عليه السّلام و ان لم يكن ذكر اللّه فهى جاريته يصنع بها ما شاء و احتمال ان يكون النّهى عن القرب من جهة تعيّنها للصّدقة و لو بان يكون تحقّق المسبّب بعد إيجاد السّبب بعيد و على تقدير التسليم لا يقدح فى مقابلة من يقول مع صحّة النّذر بلزوم إيجاد السّبب فى ترتب المسبّب عليه و إن كان يقدح فى مقابلة من يقول بوقوع السّبب بنفس صيغة النّذر هكذا أفاد الشيخ الوالد العلّامة أعلى اللّه مقامه و عندى انّ هذا الخبر أجنبىّ عن مسئلة النّذر و انّما الموجود فيه إنشاء عقد الصّدقة و قد حكم عليه السّلام بلزومها لحصول العقد و لحوق القبض الّذى هو التّخلية و رفع اليد و لا ربط للخبر بالنّذر حتى يكون من نذر النتيجة و يدلّ على المطلوب فلا تذهل ثمّ لا يخفى عليك عدم دلالة الأخبار المذكورة على عدم الحاجة إلى إيجاد السّبب حجّة القول الثانى أمران الأوّل ما افاده كلام صاحب (- ك-) (- ره-) فى نهاية المرام فى شرح قول المحقّق (- ره-) فى كتاب النّذر و روى إسحاق بن عمّار عن أبى إبراهيم عليه السّلام فى رجل قال ان تزوّجت قبل ان أحجّ فغلامى حرّ فبدأ بالنكاح تحرّر العبد و فيه إشكال الّا ان يكون نذرا ما نصّه و فى السّند قصور فانّ راويها و هو إسحاق بن عمّار قيل انّه فطحى و فى المتن اشكال من وجهين أحدهما انّ ما تضمّنت

الرّوایة من اللّفظ لا یقتضی الالتزام لخلوّه عن صیغة الیمین و النّذر و العهد و یمکن دفعه بانّ المراد بذلک الأخبار عن الصّیغة المقتضیة للالتزام کما یدلّ علیه قوله علیه السّلام انّه نذر فی طاعة اللّه لان هذا اللّفظ هو الملزم و ثانیهما انّ المملوک انّما یتحرّر بصیغة العتق فاذا نذر صیرورته حرّا فقد نذر امرا ممتنعا فحقّه ان یقع باطلا نعم لو نذر عتق العبد صحّ النّذر و وجب العتق و حصل التحرر به و لعلّ المراد بقوله فغلامی حرّ انه حیث صار منذور العتق فکأنه قد صار حرّا لانّ ماء له إلی الحریّة و بالجملة فهذه الرّوایة قاصرة عن إثبات الأحکام الشرعیّة و المتّجة الرّجوع فیما تضمّنته إلی القواعد المقرّرة انتهی و توضیح ما ذکره و تقریره بوجه أو فی انّ متعلّق النّذر لا بد و ان یکون فعلا مقدورا للنّاذر حتّی یصلح ان یکون موردا للأمر بوجوب الوفاء و غیره من التکالیف الشرعیّة و ظاهر انّ صیرورة العبد حرّا و أمثاله کصیرورة المال مبیعا أو الزوجة طالقا أو الملک وقفا أو صدقة لیست من قبیل الأفعال الصّادرة من المکلّف لا أصالة و لا تولیدا بل هی أوصاف خارجیة للأعیان الخارجیّة أو أمور اعتباریة منتزعة منها فإن غایة الشیء من العوارض الخارجة عن قدرة المکلّف فلا یصحّ تعلّق النّذر بها لعدم مقدوریّتها بل لا یعقل للالتزام بکون الشیء متّصفا بتلک الأوصاف معنی و هل هو الّا کالالتزام بکون الشیء أسود أو طویلا أو حلوا أو نحو ذلک من الأوصاف الّتی لا یکاد یتصوّر للالتزام بها معنی معقول و أورد علیه جمال المحقّقین (- ره-) بما نصّه انّ قصور السّند کما ذکره لکن قد عرفت عدم وقع الوجه الأول من وجهی الإشکال فی المتن و أشار بذلک إلی ما ذکره فی ردّ اشکال المحقّق (- ره-) فی (- فع-) من انّ الرّوایة کالصّریحة فی انه کان علی وجه النّذر فلا وقع للإشکال و امّا الوجه الثّانی فیرد علیه انّه یکفی لصیغة العتق انّه حرّ و قد عرفت انّه لا دلیل علی عدم صحّة التعلیق مع النّذر فلا مانع من انعتاقه به و لا یکون نذره نذر أمر ممتنع و ما ذکره من التأویل و إن کان ممکنا لکنّه خلاف ظاهر الرّوایة فإنّ ظاهرها وقوع العتق بمجرّد ذلک فلا یصار إلی التأویل إلّا بدلیل و لیس فلم یبق الّا قصور السّند و کأنه لا قصور فیه لأن الأدلّة تامّة لوجوب الوفاء بالنذر مع عدم المعارض تکفی للحکم و الروایة تصلح مؤیّدا و مؤکّدا لها و ما ذکره من انّ المتجه الرّجوع إلی القواعد المقرّرة ففیه انّه بعد الحمل علی النّذر لا رجوع فیه عن القواعد المقررة و کأنّه غفل عن مسئلة التعلیق مع النّذر بعدم شهرته فی کلام الأصحاب فقال ما قال انتهی و بالجملة فالوجه المذکور لا وجه له و قد نوقش فیه بوجهین أحدهما انّ الغایات و النتائج و ان لم تکن أفعالا بالأصالة و لا بالتولید الّا انّ مجرد ذلک لا یوجب عدم المقدوریّة ضرورة أنّ إیجاد نفس تلک الأوصاف من الأمور المقدورة و لو بتوسّط إیجاد أسبابها الشرعیّة و من المقرّر فی محلّه انّ المقدور بالواسطة مقدور و لا یلزم فی متعلّق النّذر ان یکون فعلا و لهذا لم یلتزم بذلک احد بل القدر اللّازم ان یکون امرا راجحا مقدورا فبعد کون الالتزام المذکور صحیحا شرعا مندرجا تحت عموم الأمر بالوفاء بالنّذر لا بدّ من إیجاد السّبب من باب المقدّمة و بعبارة اخری انّ عدم معقولیّة النذر المذکور نظرا إلی کون الالتزام بالأوصاف الخارجیّة کالالتزام بالأعیان الخارجیّة فی عدم المعقولیّة قرینة علی ارادة الالتزام بالأسباب الشرعیة الّتی هی الأفعال المقدورة و من البیّن انّ الأمر إذا دار بین الحکم یکون الکلام غلطا و بین إرجاعه إلی محمل صحیح تعیّن الثّانی و الحال هنا علی هذا المنوال فان عدم معقولیّة الالتزام بالنتائج لو سلّم فإنّما هو إذا أرید الالتزام بنفس النتائج بدون إرادة الأسباب و امّا لو کان معنی الالتزام هو الالتزام بإیجاد أسبابها فلا ضیر فیه قطعا و التأویل فی الکلام بدلیل العقل و تقدیمه علی التّخطئة باب واسع یجری فی الکتاب و السّنة و سائر الاستعمالات الصّحیحة و توهّم انّ الصحة فی المقام الأوّل مدفوع بإطباق الأصحاب علی الصّحة و ان اختلفوا فی انّ الغایة تقع بنفس النّذر أو انّه لا بدّ فیها من إیجاد السّبب و هو أمر أخر یبحث عنه بعد الفراغ عن أصل الصّحة مضافا إلی انّ صحّته مدلول علیها بجملة من الأخبار و ثانیهما انّ دعوی عدم معقولیّة النّذر المذکور ممنوعة بل هو بنفسه صحیح لا داعی فیه إلی تجشّم التّأویل و ذلک لان نذر الغایة فی نظر أهل العرف و استعمال أهل اللّسان أمر معقول و التزام خاصّ علی نهج خاصّ متداول فی الاستعمالات واقع فی المحاورات من دون تجوّز فیه و لا تأویل فیکون معنی الالتزام بکون المال لزید هو الالتزام بترتیب جمیع آثار ملکیّة زید علی ذلک و یکون قوله علی ان یکون هذا المال له بنفسه إنشاء لهذا المعنی و الالتزام بترتیب جمیع آثار الملک منشأ لانتزاع صفة فی الملک قابلة

لترتيب جميع الآثار عليها لأن الملكية على ما صرّح به ثانى الشهيدين (- رهما-) صفة فى العين منتزعة منها و هى كونها بحيث يصحّ الانتفاع بها و ببدلها و بعد صحّة النذر المذكور و كونه معقولا يندرج تحت الأدلّة الدّالة على وجوب الوفاء بالعهود المعبّر عنها فى الآية بالعقود و لا معنى لوجوب الوفاء بالالتزام المذكور الا ترتيب جميع آثار الملكية الشرعيّة الناشئة من الحكم التكليفى المستفاد من تلك الأدلّة فإيجاب الشارع الوفاء به ينتزع منه حصول صفة فى العين و هى من لوازم الملك و خواصّه الّتى لا توجد فى غيره كما هو معنى خاصّة الشىء و من البيّن انّ المعنى المذكور كما يتحقق تارة بإيجاد سببه و ملزومه الذى هو فعل المكلّف يتحقّق اخرى بحكم الشارع بوجود جميع لوازمه و اثاره و وجود ترتيب خواصّه و المقام من قبيل الثانى لان مقتضى وجوب الوفاء بهذا النّذر ترتيب جميع لوازم الملك و هى لا- تنفك عن ملزومها الّذى هو الملك تحقيقا لمعنى الملزوم فانّ النّذر المذكور على ما أشرنا إليه معناه انّى التزمت بكون المال لزيد و جعلته له و أخرجته عن ملكى و أزلت سلطنتى عنه فاذا حكم الشّارع بوجوب إمضاء هذا الالتزام العرفى كما هو مقتضى وجوب الوفاء به الأمر إلى انّ ما التزم به النّاذر من كون الملك لزيد أمر متحقّق ثابت فى الشرع و هذا نظير الصّلح الّذى هو من أسباب الملك قطعا فانّ معناه عند التأمّل هو رفع اليد عن المال و لا ريب فى حصول الملك به و لبّ هذا المعنى اعنى رفع اليد موجود فى النّذر المذكور و نظير وقوع البيع بألفاظ الكنايات على القول بوقوعه بها كقول المالك سلّطتك على هذا المال أو جعلته لك و نحو ذلك ممّا يدلّ بدلالة الاقتضاء عرفا على ثبوت الملكيّة فإنّ السلطنة المطلقة من لوازم الملكيّة فينتقل من لوازم الملك إلى الملك كالانتقال من الأمر بالغسل أو الاجتناب إلى نجاسة ما أمر بغسله و الاجتناب عنه و يترتّب عليه جميع آثار النجاسة من نجاسة ما لاقاه مع الرّطوبة و بطلان الصّلوة مع لبسه إن كان ملبوسا و حرمة أكله أو شربه و بيعه و شرائه و نحو ذلك من أحكامه الشرعيّة و لعلّ منشأ القول بالبطلان هو توهّم كون المتعلّق نفس المسبّبات بشرط عدم إيجاد أسبابها و يدفعه أنّ الاستحالة على هذا و إن كانت ظاهرة الّا انّ النّذر المذكور المتعلّق بالمسبّبات قد صدر حال الإطلاق و عدم التقييد بانتفاء الأسباب و ظاهر انّ هذا المطلق أمر مقدور و لو بتوسّط إيجاد الأسباب و المقدور بالوساطة كالمقدور بدونها و هذا المقدار كاف فى المقدوريّة و عدم كون المسبّبات من قبيل الأفعال لا يضرّ فى مقدوريّتها لانّ

ص: ۱۶۵

إیجاد الأوصاف بإیجاد أسبابها بعد کونها مقدورة ممّا لا غائلة فیه غایة الأمر کونها من الأوصاف التولیدیّة لا الأفعال التولیدیّة و من ذلک یظهر ان متعلّق النذر عند التحقیق هی الأسباب و إن کان فی الظّاهر متعلّقا بالمسبّبات و الغایات الثانی من حجّتی القول الثّانی ما تمسّک به جمال المحققین (- ره-) فی حاشیة (- الروضة-) حیث قال بعد ان أورد علی صاحب (- ک-) بما عرفت ما نصّه و هاهنا کلام أخر و هو انّ فی عموم أدلّة النّذر بحیث یشمل مثل هذا النّذر تأمّلا فإنّ المتبادر الشائع من النّذر هو ان یکون متعلّقه فعلا یصلح بعد النّذر للإتیان به و الوفاء بالنّذر و لعدمه فیحنث و تجب الکفّارة و الرّوایات الواردة فی موارد النّذر انّما هی فیما هو من هذا القبیل کما یظهر بتصفّحها و امّا نذر أمر یقع بالنّذر لا محالة و لا یمکن حنثه فغیر معهود و لم یرد به نصّ صریح و یؤیّد ذلک معناه اللّغوی علی ما هو المشهور من انّه من النّذر بمعنی الوعد کما ذکره الشارح فی شرح (- یع-) و سبق منه فی هذا الشرح (- أیضا-) فان الوعد انّما هو فیما یمکن الوفاء به و عدمه و کون معناه شرعا یشمل ذلک ممّا لم یثبت و علی هذا فیشمل التمسّک لصحّة مثل هذا النّذر بعموم أدلّة النّذر نعم الرّوایة المذکورة بظاهرها تدلّ علی صحّة هذا النّذر وجوب العمل به لکن یشکل التمسّک بمجرّد ذلک مع قصور سندها و الروایات الواردة فی العتق المعلّق بالملک کما نقلناها لا تصلح دلیلا علیه إذ علی تقدیر حملها علی النّذر لا دلالة لها علی وقوع العقد بمجرّد ذلک کما ذکرنا لکن الظاهر من کلام جماعة من أجلّاء أصحابنا فی هذا النّذر و أمثاله من نذر الصّدقة و الأضحیة کما سیجیء شمول النذر لمثل ذلک أیضا و هم أعلم الّا انّه ما لم یظهر إجماع علیه یشکل التمسک و لم یظهر ذلک لنا إذ لیس هذه المسائل فی کلام کثیر منهم و لا یبعد ان یقال فی هذه المسئلة انّ مثل هذا النّذر و ان لم یکن من الأفراد المعهودة للنّذر لکن یصلح مؤکّدا لما تعلّق به إذا کان متعلّقة ممّا یقع بما أوقعه کالعتق فی مثالنا هذا و (- ح-) نقول إذا لم یثبت الإجماع علی عدم صحّة العتق المشروط مع ضمّ مثل هذا النّذر فیمکن التمسّک لصحّته بالعمومات الواردة فی العتق و ان لم یظهر مستندهم فی استثنائه من القاعدة المذکورة لما عرفت من عدم ظهور دلیل لهم علی القاعدة (- أیضا-) إلّا الإجماع فإذا لم یثبت الإجماع فی هذه الصّورة لعمومات العتق تصلح سندا للحکم بصحّته و الرّوایة المزبورة ممّا تصلح مؤیّدا و مؤکدا له انتهی کلام المحقق جمال الدین (- قدّه-) و حاصل ما ذکره فی وجه المنع انّ النتائج مسببات شرعیّة لها أسباب مخصوصة محصورة فی الشریعة کالبیع و العتق و الوقف و النّکاح و نحوها فکون الشیء مبیعا لا یتحقّق إلّا بإیجاد سببه الشرعی الّذی هو عقد البیع و کون العبد حرّا لا یوجد إلّا باحداث سببه الشرعی الّذی هو إنشاء العتق و علی هذا القیاس کون المال وقفا و المرئة زوجة و أمثال ذلک فإنّها تتوقّف علی أسبابها الشرعیّة و لم یثبت کون مجرّد النّذر کافیا فی حصول تلک الغایات و النّتائج فی الشریعة بل أدلّة النّذر شرعا تقتضی وجوب الوفاء بالمنذور علی شرائطه الشرعیّة لأنها تشرع الشیء لنفسه کما صرّح به فی الجواهر و قال بعده و الّا لصحّ الطّلاق بدون صیغة بنذره مثلا و کذا النّکاح و غیره و هو معلوم البطلان ثمَّ قال و من هنا صرّح بوجوب الصّیغة فی الفرض و لعلّه کذلک للأصل و لانّه لیس من الإیقاع فی شیء کما أوضحناه سابقا و لانّ النّذر انّما یتعلّق بفعله هذا کلامه فی مسئلة نذر العتق المعلّق علی الملک و ذکر فی مسئلة نذر أضحیة معیّنة فی کتاب الصّید و الذباحة ظهور أدلّة النّذر فی کونه من الملزمات لانّه سبب یقوم مقام العتق و الطّلاق و النکاح و الإجارة و غیرها ممّا کان ظاهر أدلّة توقّفه علی إنشاء مخصوص و صیغة مخصوصة هذا و قد أجیب عمّا ذکر دلیلا ثانیا للقول الثانی بالمنع من انّ المتبادر من أدلّة النّذر کون متعلّقه فعلا قابلا للوفاء به و الحنث لما عرفت من انّه یکفی کونه وصفا مقدورا و لو تولیدا بواسطة الأسباب و لیس من شرط النّذر کونه قابلا للحنث و انّما یکفی کونه قابلا للنّقض و هو فی المقام موجود و انحصار الأسباب فیما عدی النّذر ممنوع لانّ الوقوع بمقتضی نفس الالتزام المذکور فی بعض الموارد بعد اقتضاء ثبوت اللّوازم ثبوت الملزوم کما

هو مفاد وجوب الوفاء أو وجوب ترتیب جمیع الآثار ممّا لا غائلة فیه غایة ما فی الباب ان لا یکون علّة تامّة بل یکون من قبیل المقتضی کالإیجاب الصّادر من الموجب فإنّه نوع من الالتزام و هو مفتقر فی تمام تأثیره إلی القبول و قد یفتقر إلی انضمام القبض کما فی الوقف و الهبة و الصّرف و السّلم مضافا إلی ما قد عرفت من انّ النّذر المذکور یمکن إرجاعه إلی نذر الأسباب لأن ما نحن

بصدده انّما هو تصحیح الالتزام و إخراجه عن الاستحالهٔ و اللّغویهٔ لا الالتزام بوقوع الملتزم بنفس ذلک الالتزام من دون حاجهٔ إلی إیجاد شیء من الأسباب و امّا ما تری من اطباقهم علی وقوع العتق بمجرّد النّذر من دون اشتراطهم إیقاع صیغهٔ العتق بعد ذلک فذلک ممّا قام علیه الإجماع بخصوصه و منشأ الإجماع المذکور بعض الأخبار الدالهٔ علیه و عدم البناء علی وقوع الملتزم فی جملهٔ من المواضع کالنّکاح و الطلاق و نحوهما من العقود و الإیقاعات الشرعیّهٔ انّما هو من دلالته الأخبار و قیام الإجماع علی اعتبار ألفاظ مخصوصهٔ فی مثل ذلک لا من جههٔ بطلان النّذر و لو لا تلک الأدلّهٔ لقلنا بالوقوع بمجرّد النّذر المذکور فی ذلک أیضا و قد یقرّر الجواب بان مقتضی صحّهٔ النّذر المذکور و وجوب ترتیب جمیع آثار الملکیهٔ أو الحریّهٔ أو غیرهما علیه بحکم عموم وجوب الوفاء بالعقد و استکشاف تحقق الملزوم الّذی هو الملکیهٔ لیس الّا کون النّذر المذکور من الأسباب الشرعیّهٔ لحصول الملک فی الجملهٔ بمعنی أنّه کالإیجاب الصّادر من الموجب لا انه علّهٔ تامّهٔ لحصوله لانّ حصول الملک فی الواقع تابع للعناوین الخاصّهٔ حسبما یدلّ علیه الأدلّهٔ الشرعیّهٔ فإنّ معنی الالتزام بکون الشیء کذا و ان کان امرا واحدا معقولا فی العرف الّا انّ المتعلّق ان کان ممّا لا یقتضی وقوعه إلی قبول و لا إلی قبض یقع بمجرّد هذا الإنشاء کما فی العتق و ان افتقر إلی قبول من الغیر فلا بدّ من تعقّبه بالقبول کما فی البیع و الصّلح و ان افتقر إلی قبض فلا بدّ من تعقّبه به کما فی الهبهٔ و احتمال حصول الملک القهری مدفوع بانّ سبب الملک القهری منحصر فی الموت بل نزید علی ما ذکر و نقول انّ العقد ان کان ممّا یعتبر فیه اللّفظ الصّریح کما فی النّکاح و الطلاق علی ما هو المقرّر من لزوم کمال الاحتیاط فیهما فلا بدّ من ان یکون الإنشاء المذکور بالألفاظ الصّریحهٔ و لا تکفی الکنایات هذا هو تحریر حجّتی القول ببطلان نذر الغایات رأسا مع اجوبتهما و لو أمعنت النّظر فی ذلک انحلّ الوجهان إلی وجوه فظهر لک الجواب عنها و ان شئت أشرنا إلی الوجوه و أجوبتها الأوّل ما سمعت من سیّد (- ک-) من انّ المسبّب انّما یتحقّق بعد وجود سببه فاذا نذر حصول المسبّب فی الخارج من دون سببه فقد نذر امرا ممتنعا لعدم تعقّل وجود المسبّب قبل وجود السّبب فیبطل و فیه انّه انّما یتمّ حجهٔ علی من صحّح نذر النتائج من دون افتقار إلی إیجاد أسبابها و امّا علی ما مرّ من اختیار القول بالصّحهٔ مع اعتبار إیجاد السّبب فیندفع ذلک بان حصول المسبّب من دون إیجاد سببه و إن کان ممتنعا الّا انّ النّذر التزام و لا مانع من تعلّقه بأمر ممتنع إذا کان له آثار ممکنهٔ راجعهٔ إلی النّاذر الا تری انّ الحلف بالعتاق و الطّلاق أمر شائع

ص: ۱۶۶

بین النّاس صحیح مفید لهما عند العامّة من دون صیغة مع انّ الحلف کالنّذر لیس الّا التزاما بالمحلوف عنه و انّما الفرق بینهما علی مذهبنا فی إمضاء الشارع و عدمه و الّا فلا مانع من القول بصحّته و ترتیب الأثر علیه بمجرّده من دون صیغته کما علیه العامّة بل و من المقرّر عند محقّقی الأواخر أنّ حقائق الإیقاعات و العقود حتّی البیع و الهبة و غیرهما من أسباب التملیک انّما هی معاهدات علی الالتزام بالآثار و الوقوف علیها فإذا أمر الشارع بالوفاء و علمنا بأنّه أمضاها حکمنا بحصول المقصود قهرا و انّ المعاهدة بآثار شیء سبب عند الشارع لحصوله و ایّ فرق بین الصّلح و النّذر فی قابلیّة التأثیر فکیف یستفاد من قوله (- تعالی-) أَوْفُوا بِالْعُقُودِ کونه سببا لخروج المال عن ملکه و لا یستفاد من قوله عزّ من قائل وَ بِعَهْدِ اللّٰهِ أَوْفُوا کون النّذر و الالتزام بحرّیّة عبده و صدقة ماله للّه سببا لحصول الملتزم به الثّانی انّ الغایات الشرعیّة لها أسباب معیّنة و لیس النّذر منها و فیه انّ أدلّة النّذر ناهضة بجعله سببا إذا لم یقم دلیل علی انحصار أسبابه مع انّه لا یقضی بالفساد رأسا و انّما یقتضی وجوب إیجاد سببها عملا بالنّذر و ذلک ممّا نلتزم به الثالث ان النذر علی ما فسّر به الشهید الثانی (- ره-) فی (- الروضة-) و نقله فی (- لک-) عن أهل اللّغة هو الوعد و هو لا یتعلّق بغیر الأفعال فاذا تعلّق بالصّفات وقع باطلا و کان خارجا عن النّذر المأمور بالوفاء به و فیه بعد النقض بالحلف لکونهما من باب واحد ما عرفت من انصرافه (- ح-) الی الوعد بالالتزام بالآثار التی هی من الأفعال فاذا وعد اللّه الالتزام بآثار الغایة المنذورة کان ماضیا عند اللّه بعموم الأدلّة و یستفاد من هذا الالتزام الممضی عند اللّه حصول الغایة عنده کامضاء سائر العقود و الإیقاعات الرّابع انهم اشترطوا فی صحّة النّذر ان یکون متعلّقة فعلا فاذا کان غایة صار باطلا و أنت خبیر بأنّه ان رجع إلی سابقة ففیه ما عرفت و الّا کان افتراء علیهم أو مصادرة الخامس انّ أدلّة النذر انّما وردت فی وجوب الالتزام بالأسباب لا فی مقام تشریع کونه سببا و فیه ما مرّ من انّ مفاد أدلّة النّذر انّما هو لزوم الوفاء بما نذره غایة ما هناک اختلاف المنذورات فما یکفی فیه النذر یلزم الوفاء به فیه و ما یعتبر فیه إیجاد سبب خاصّ یلزم الوفاء بالنّذر بإیجاد ذلک السّبب السّادس انّ المستفاد من أدلّة النّذر کونه ممّا یتعقّبه البر و الحنث و مع البناء علی حصول الغایة قهرا لا یتصوّران و فیه منع الاستفادة أوّلا و إمکان مراعاتهما علی القول بحصول الغایة فی الالتزام بالآثار ثانیا فلو أکل الصّدقة المنذورة حنث و إن کانت قد خرجت عن ملکه و هذا و ان لم یوجد مصرّح به الّا انّ إطلاق کلامهم فی نذر الصّدقة قاض بذلک حجّة القول الثالث امّا علی صحّة نذر النّتائج فی قبال القول بالبطلان رأسا فما مرّ فی حجّة الأوّل مضافا إلی خبر علیّ بن راشد قال قلت لابی جعفر الثانی علیه السلام انّ أمریة من أهلنا اعتلّ لها صبی فقال اللّهم ان کشفت عنه ففلانة جاریتی حرّة و الجاریة لیست بعارفة فأیّما أفضل تعتقها أو تصرفها فی وجوه البرّ فقال علیه السّلام لا یجوز الّا عتقها و امّا علی الافتقار إلی إیجاد السّبب فهی انّ الدّلیل الدّال علی سببیّة العقد الفلانی أو الإیقاع الفلانی للأثر الفلانی دالّ بالتضمن علی عدم ترتّب الأثر من دون حصول السّبب الفلانی مضافا إلی خبر علیّ بن راشد المذکور الظاهر فی الحاجة إلی إنشاء صیغة العتق بعد ذلک حجّة القول الرّابع امّا علی الصّحة و الحاجة إلی إیجاد السّبب فیما کان للغایة المنذورة سبب شرعی فما مرّ فی حجّة الثالث و امّا علی عدم الافتقار إلی إیجاد سبب أخر غیر النّذر فیما إذا لم یکن للغایة المنذورة سبب خاصّ فالأصل و عمومات وجوب الوفاء بالنّذر و العهد و ظاهر بعض الأخبار المتقدّمة فی حجّة الأوّل و النّذر کاف فی حصول الغایة إذا لم یکن دلیل علی خلافها نعم إن کانت الغایة ممّا قرّر الشّارع لها سببا خاصّا تعبّدا لم تحصل بغیره نذرا أو غیره فلا یصحّ نذر کونه مبیعا أو کونها زوجة أو طالقا لانّ لها صیغا خاصّة لا یقوم مقامها ما یرادفها من الألفاظ فکیف بالنّذر فاذا نذر أحدها وجب علیه إیجاد الصّیغة مقدّمة للوفاء بالنّذر و لا (- کک-) الملکیة و الوکالة لعدم انحصارهما فی صیغة خاصّة نعم لو قصد الناذر حصول الأوّل بلا صیغة بطل النّذر لتعلّقه بأمر محال غیر مقدور و إرجاع النذر

إلی الالتزام بالآثار حسبما شرحناه حسن لو لم یکن مانع و دلیل اعتبار الصیغة مانع مخصّص لعموم أدلّة النّذر لانّ عمومها لیس بأقوی من عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و ان أبیت عن ذلک فالمرجع أصالة العدم بعد تعارضها بالعموم و الخصوص من وجه فصار المدار فی تبیّن القسمین علی المضایقة فی السّبب و المواسعة فکلّ غایة کان بناء الشرع فی سببها علی المضایقة لزم بمقتضی النّذر إیجاد السّبب إلّا

إذا قصد وجودها بلا سبب فيبطل و لا يشترط قصد السّبب بل يكفى عدم قصد شىء من الأمرين فتحصل من ذلك كلّه انّ القول الثالث هو الأظهر و توضيح الحال فى أطراف المقال فى هذا القول على ما تعرض له الشيخ الوالد العلّامة أعلى اللّه مقامه انّ نذر النتيجة بالمعنى الأعمّ المأخوذ فى عنوان المسئلة لا يخلو امّا ان يكون ممّا اعتبر فيه صيغة خاصّة كالنكاح و الطلاق و البيع و العتق و أمثالها من العقود و الإيقاعات أو لا يكون (- كك-) كالتضحية و التصدّق على الفقراء و العطية امّا الثانى فالوجه فيه هو الحكم بصحّة النّذر و وقوع المنذور بصيغته و لا يحتاج إلى صيغة أخرى فلو نذر صيرورة حيوان معيّن أضحية أو كون المال صدقة أو كونه لزيد صحّ النّذر و وقع من حينه و لا يحتاج إلى صيغة أخرى و لهذا حكموا فى مسئلة الأضحية من دون خلاف بخروج الحيوان عن ملك مالكه من حين النّذر و قد عرفت نفى الخلاف من صاحب الجواهر و نقل الإجماع عن الشيخ (- ره-) فى (- ف-) و عن كشف اللّثام فى تلك المسئلة و يستفاد من حكمهم ذلك نكتة و هى انّ الوصف التوليدى قابل لتعلّق النّذر به شرعا لاستحالة وقوع الممتنع فيتعدّى إلى جميع نظائر الأضحية و من احكام هذا القسم انّه ان ترك مقتضى النّذر لم يحنث و لم يترتب عليه الكفارة لأنّ المنذور قد وقع بمجرّد إيقاع صيغة النّذر لعدم كونه من أفعال المكلّف حتّى يتوقف على إيجاده بعد ذلك نعم يأثم بعدم ترتيب آثار النّذر على المنذور و امّا الأوّل فهو على قسمين لانّه امّا ان يكفى فى إيجاده صيغة النّذر و إن كان له سبب خاصّ بسبب حصول ذلك السّبب الخاصّ فى ضمن صيغة النّذر كما لو نذر حريّة عبد معيّن و امّا ان لا يكفى ذلك و الأوّل (- أيضا-) على قسمين لانّه امّا ان يكون معلّقا على شرط سائغ غير التملّك كما لو قال اللّه علىّ انّ عبدى فلانا حرّ ان أقدم ابنى من السّفر سالما و امّا ان لا يكون معلّقا على شرط أصلا كما لو قال للّه علىّ انّه حرّ على المشهور المنصور من جواز النّذر الغير المعلّق على شرط (- فح-) نقول امّا وجه كفاية صيغة النّذر عن صيغة العتق و إفادتها مفادها فى القسم الأوّل فما عرفت فى تضاعيف الكلمات السّابقة من انّ صيغة العتق عبارة عن قوله فلان حرّ و انّ الاشتراط انّما هو للنّذر و لا يضرّ فى انعقاده اتّفاقا و ليس راجعا إلى العتق حتى يقدح فى صحّته و امّا حكم القسمين الأخيرين فحكم القسم الثانى منهما وقوع المنذور بوقوع صيغة النّذر

ص: ۱۶۷

لتحقّق صیغة العتق فی ضمن صیغة النذر و المفروض انّها غیر معلّقة علی أمر غیر واقع و لا مشروطة بشرط لیس بحاصل و لا حاجة إلی إیقاع صیغة العتق بعد ذلک و حکم الأوّل وقوعه عند وقوع الشرط من دون حاجة إلی صیغة أخری (- أیضا-) و امّا الافتقار إلی صیغة أخری فی نذر العتق المعلّق عن شرط الملک عند الجماعة فهو من جهة انتفاء الشرط العتق الّذی هو عبارة عن الملک بدلالة قوله علیه السّلام لا عتق إلّا فی ملک و ظاهر انّ حال نذر الوقف العام حال نذر الحریّة فلو قال للّه علی ان یکون هذه العین وقفا أو موقوفة أو صدقة مؤبّدة سواء قرنه بالشرط أم لا کان حکمه ما عرفت و الثانی علی أقسام لانّه اما ان یکون النّاذر قد قصد بنذر النتیجة نذر إیقاع سببها و قصد وقوع نفس المسبّب فی المستقبل لا بشرط بمعنی ان یکون إطلاق المسبّب لحالة علی ما هو المرکوز فی نظره من إیقاع المسبّب علی الوجه المقرّر فی الشرع أو قصد وقوع نفس المسبّب بمجرّد وقوع صیغة النّذر مع القصد الی عدم إیجاد السّبب فالأوّل حکمه صحّة النّذر و انعقاده قطعا الّا انّه لا یکون المنذور (- ح-) سوی إیجاد السّبب لانّ العقود تابعة للمقصود فلا وجه لکون المقصود هو إیقاع السّبب و کون الواقع هو نفس المسبّب فیجب علیه إیقاع الصّیغة فلو نذر صیرورة المال مبیعا أو المرأة زوجة کان المنذور بعد کون المراد إیجاد سببهما هو إیقاع صیغتهما و لا یتحقّق المسبّب بمجرّد إیقاع صیغة النّذر فلو ترک إیقاع السّبب الّذی هو الصّیغة لزمه الحنث و لم یحرم التصرّف فی المال فی المثال الأوّل مع الحنث لانّه ما لم یبعه فهو ماله و النّاس مسلّطون علی أموالهم و بالجملة فهذا القسم ممّا لا خلاف فی صحّته و لا اشکال بل هو خارج عن محلّ البحث داخل فی نذر المبادی و لو بالکنایة إلّا إذا منعناها فی صیغة النّذر فیکون من نذر الغایة و الثّانی حکمه صحّة النّذر لانّه قصد امرا مقدورا غایة ما هناک انّه مقدور بالواسطة و المقدور بالواسطة مقدور و هو و ان لم یکن من الأفعال التولیدیّة الّا انّه من الأوصاف التولیدیة و لا یلزم فی متعلّق النّذر کونه فعلا و انما یعتبر فیه کونه امرا مقدورا و لو بالواسطة و إلی هذا القسم ینظر روایة علیّ بن راشد و حسنة إسحاق بن عمّار و ما بعدهما من الصّحیح و الرّوایة الأخیرة و الثّالث حکمه البطلان فلو نذر ان تکون أمته زوجة لزید بلا سبب بطل النّذر لأنّها غیر مقدورة و لو بالواسطة لأنّ الزّوجیّة شرعا موقوفة علی عقد النّکاح فاذا نذرها بلا سبب فقد نذر امرا ممتنعا و النّذر انّما یوجب ترتّب الحکم إذا کان مشروعا و لیس مشرعا لأمور و احکام غیر مشروعة و لو قصدها مجرّدة عن التقیید بالعدم صحّ و لزم السّبب مقدّمة و کذا لو نذر کونه مبیعا و طالقا و لو نذر ان یکون ماله بدلا عن مال زید فهذا (- أیضا-) فاسد بناء علی انحصار المعاوضة شرعا فی البیع و الصّلح و نحوهما من العقود المتعارفة و هذا بخلاف ما کان البناء فی سببه علی المواسعة فإنه یکفی صیغة النّذر (- ح-) فی حصوله و لا یحتاج إلی صیغة أخری إلّا إذا قصدها فیجب المسبّب (- ح-) لانّ وجوب الوفاء بالنّذر انّما هو بحسبه فی قصده و لا یضرّ قصد عدم السّبب هنا للعمومات تنبیهات الأوّل انّه لیس المقام ممّا یعرض علی أهل التعارف کما افاده بعضهم فی طیّ الکلمات المذکورة من انّ عدم المعقولیّة قرینة علی صرف کلام من نظر المسبّب إلی السّبب لانّ هذا انّما یتمشی فی فهم کلام الغیر و الکلام هنا فی تکلیف الناذر فیما بینه و بین اللّه تعالی الثانی انّه ربّما تصدّی بعضهم لتأسیس الأصل فی عدم الحاجة فی نذر النتیجة إلی إیجاد السّبب بتقریب انّ الظّاهر و المنساق من إنشاء نذر الغایات کونه علّة تامّة لتحقّق الغایة فی کلّ مقام خرج من ذلک ما دلّ الدّلیل علی افتقاره إلی إیجاد الأسباب الخاصّة و بقی الباقی فیکون معنی وجوب الوفاء به فی کلّ مقام هو ترتیب الآثار الشرعیّة علیه الّا فیما دلّ الدلیل علی توقّفه علی سبب أخر و معناه فیه إیجاده فی الخارج و ممّا یشهد لظهور إنشائه فی ذلک انّا نعلم انّ مقصود النّاذر فی العتاق و الطّلاق هو جعل أصل النّذر علّة تامّة للغایة و لا یوجد السّبب بعد ذلک و إن کان اعتقاده غیر صحیح الا تری انّ المتعارف فی مقام الحلف بالطّلاق عند العوام و العامّة هو ذلک فإنّهم یقصدون وقوع الطلاق

أو العتاق بنفس هذا الکلام و یعتقدون وقوعها و فساد الاعتقاد بذلک لا یوجب فساد الالتزام و من ثَمَّ ورد النص بالافتقار فی مثل ذلک إلی إیجاد سببهما و لم یفد النص البطلان و هو (- أیضا-) من الأدلّة علی صحّة نذر الغایة کما انّ ما دلّ من الأخبار علی عدم الافتقار فی ذلک إلی إیجاد السّبب (- أیضا-) من الأدلّة بل دلالته علی الصّحة أظهر من دلالة ما دلّ علی الافتقار لا یقال لا شکّ فی

بطلان النذر و الحلف الواقعین علی العتاق و الطّلاق عندنا فکیف یصحّ لک الحکم بالصّحة و الافتقار إلی إیجاد السّبب مع انّ الافتقار إلی إیجاد السّبب فی هذین الأمرین کما هو المدلول علیه ببعض هذه الأخبار شاهد علی لغویة النذر المذکور و عدم تأثیره فی حصول العتق و الطّلاق ضرورة أنّ إیجاد سببهما علة تامّة لحصولهما لا نقول لا نسلّم البطلان و عدم التّأثیر فیما إذا کان قصد النّاذر وقوعهما بمجرّد النّذر المذکور اعنی حصولهما بشرط عدم إیجاد سببهما إذ من البین عندنا عدم حصولهما بمجرّد ذلک خلافا للعامّة فی قولهم بحصولهما بمجرّد ذلک و امّا لو کان النّاذر من الطّائفة المحقّقة عارفا بالمسائل الشرعیّة فلا وجه للحکم ببطلان نذره بل لا بدّ من الحکم بإرادة الالتزام العرفی الّذی لازمه بعد الاندراج تحت أدلّة وجوب الوفاء إیجاد سببهما و لعلّ مدعی بطلان نذر الغایة نظر إلی هذه الصّورة الّتی هی نذر الغایة بشرط لا و امّا نذرها بشرط شیء فصحّته واضحة و تأثیره وجوب إیجاد السّبب بخلاف کون النذر باطلا من أصله فإنه لا یقتضی وجوب إیجاد السّبب أصلا نعم هذا کلّه فیما إذا کان متعلّق النّذر ملکا عامّا کما إذا نذر کون شیء ملکا للفقراء أو صدقة لهم و امّا النذر الخاص کان ینذر کونه ملکا لزید مثلا فان قلنا بکفایة هذا الإنشاء فی الملکیة لزید و وقع القبول من زید فلا اشکال و ان لم یقع منه القبول فالأمر مشکل و ان قلنا بالافتقار إلی الإیجاب و القبول فیتوقّف الحکم بالملکیة له علی حصولهما فان حصلا حصلت و الّا فلا الثّالث انّ عبادة نذر الغایات لما کانت بظاهرها غیر واقعة علی طبق القواعد نظرا إلی انّ الالتزام بوجود الوصف الخارجی بظاهره ممّا لا معنی له لخروج ذلک عن قدرة المکلّف فلا بدّ بعد القول بصحّته کما هو الصّحیح من ارتکاب التّأویل فیه بأحد الأمرین علی وجه منع الخلوّ و الجمع معا أحدهما الإرجاع إلی إرادة إیجاد الأسباب لا بمعنی انّ النّذر تعلّق من أوّل الأمر بإیجاب الأسباب بل بمعنی انّ وجوب الوفاء بهذا النذر المفروض صحة إیجاد الأسباب من باب المقدّمة للوفاء بالنّذر لانّ الالتزام بالغایة أمر عرفی معقول لا داعی إلی صرفه إلی الالتزام بإیجاد الأسباب و ان احتمله بعض الأصحاب ثانیهما الإرجاع إلی إرادة ترتّب الآثار الشرعیّة المترتّبة علی الغایات بمعنی انّ مقتضی وجوب الوفاء بالنّذر المتعلّق بالغایة وجوب ترتیب أثارها الشرعیّة علیها و هذا التّأویل إنّما یرتکب فیما یکون النّذر المذکور کافیا فی حصول الغایة کما

ص: ۱۶۸

فی الطّلاق و منه يعلم انّ التأويلين لا يجتمعان و لا يرتفعان الرّابع انّه لو شكّ فی قصد النّاذر عمل بأصالة عدم قصد السّبب القاضية بالصحة من دون سبب و ان علم القصد و شكّ فی تعلّقه بوجود السّبب أو عدمه لزم السّبب و ربّما احتمل بعض المحقّقين (- ره-) كفاية النّذر بدون سبب لأصالة عدم قصد السّبب و يعارضها أصالة عدم قصد عدم السّبب فيتساقطان فيجب السّبب لأصالة بقاء الملك مثلا فی ملك النّاذر و الوجه هو الأخذ بظاهر اللّفظ فی الموضعين و مقتضاه حصول الغاية بلا سبب الخامس انّه لو كانت الغاية مما بنی فی سببها علی المضايقة لكن لم يقم دليل علی انحصار سببها فی أمر أو أمرين غير النّذر كفی النّذر (- أيضا-) فی حصولها لأنّك قد عرفت فی تقريب الاستدلال بعمومات النّذر طريقين مرضيين أحدهما إدخال إنشاء النّذر فی إنشاء السّبب و الثّانی جعله سببا مستقلّا فغاية ما يلزم من المضايقة فی سببه عدم صلاحيّة نذرها ان يكون من سببه و امّا كونه مستقلّا فلا ففی العتق يلزم بنفس النّذر و إن كانت صيغة النّذر مبتيّة علی المضايقة كالطّلاق لعدم الدّليل علی عدم حصول الحريّة إلّا بالإعتاق فكون النّذر (- أيضا-) سببا لا مانع منه و يمكن جعل الوكالة الغير العقديّة مما بنی فی سببه علی المواسعة لأنّ التّوسعة انما هی فی التصرّفات الإذنيّة فإنّها التی توسّع فيها و لا يأتی فيها احكام عقد الوكالة الثابتة لها تعبّدا و امّا الوكالة العقديّة فليس الأمر فيها علی المواسعة فيتّجه (- ح-) ما ذكره المحقّق الثانی من وجوب إجراء الصّيغة لو اشترطها فی الرّهن (- فت-) و امّا العتق فهو و إن كان من الأوّل للمضايقة فی صيغته فمقتضی ما ذكر إرجاع نذره (- أيضا-) الی السّبب لكن مع ذلك يحتمل الانعتاق بلا سبب إذا كانت العبارة للّه علیّ انّه حرّ كما ذكره فی بعض تحقيقات حاشية (- الروضة-) لوجهين أحدهما الأخبار الواردة فيه المشار إليها فإنّها بالقياس إلی ما دلّ علی انحصار صيغته فی إنشاء التحرير صريحا أخصّ (- مط-) و أجيب عن ذلك بانّ ظاهر بعض الرّوايات المتقدمة و إن كان حصول الانعتاق بالنّذر كخبر إسحاق بن عمّار و الخبر المروی عن الرّضا عليه السلام فی عتق كلّ عبد قديم الّا انّ الظاهر من بعضها الأخر هو وجوب الإعتاق بعد النّذر كرواية علیّ بن راشد بناء علی ظهور قوله عليه السلام لا يجوز الّا عتقها فی الإعتاق و رواية إبراهيم بن عبّاس المتقدّم فتعارض الطائفتان و تقدّم الثانية لإمكان الجمع بحمل الاولی علی المجاز بالمشارفة تنزيلا لمن يجب إعتاقه منزلة من عتق الثّانی انّه لا فرق بين قوله فلان حرّ و بين قوله للّه علیّ انّه حرّ فی كون كلّ منهما إنشاء للتحرير صريحا و أجيب بوضوح الفرق بين إنشاء النّذر و إنشاء التحرير و استحالة جمعهما فی صيغة واحدة كما لو قال للّه علی لو بعتك فرسی هكذا فانّ هذا لا يصلح صيغة للأمرين النّذر و البيع معا كما لا يخفی فالمتعيّن فی نذر التّحرير وجوب الإعتاق بصيغة أخری بعد النّذر (- مط-) و ربّما أفرط بعضهم فطرد الحكم فی نذر جميع الغايات حتّی الصّدقة و الوكالة و حكم بعدم تحقّقهما (- أيضا-) بالنذر بل بالتصديق و التوكيل بعده و ضعفه ظاهر و قد يقال فی تقوية القول بعدم الحاجة إلی صيغة العتق بعد نذر الانعتاق انّ كون صيغة العتق مبتيّة علی المضايقة انّما يبطل به الوجه الأوّل و هو ان يجعل النّذر إعتاقا و امّا الوجه الأخير الرّاجع إلی كون النّذر سببا فی عرض الإعتاق فلا مانع من جريانه هنا إذ المدار فيه علی عدم الدّليل علی حصر السّبب و لا دليل علی عدم تحقق العتق إلّا بالإعتاق كعدم تحقّق الزوجيّة إلّا بالنّكاح و من ذلك كلّه ظهر انّ الوجهين قد يجتمعان و قد يفترقان ففی مثل الوكالة ممّا لا مضايقة فی سببه و لا دليل علی انحصاره فی شیء أو شيئين يجری الوجهان معا فلو نذر الوكالة صحّ جعله توكيلا لأنّه كاشف عن الإذن فی التصرّف قطعا و صحّ (- أيضا-) كونه سببا لتحقّقها نظرا إلی عمومات الوفاء بالنّذر و فی مثل العتق لا يجری إلّا الوجه الأخير و فی مثل الصّدقة ينعكس الأمر لو قام الإجماع علی انحصاره فی التمليك الاختياری علی تأمّل منشئه التّوسعة فی سببها من حيث القول و الفعل و ربّما رجّح بعض المحقّقين الوجه الأخير نظرا إلی انّ إدراج النّذر فی إنشاء الأسباب فيما يثبت فيه المواسعة فی صيغة يستلزم البناء علی ثبوت الأحكام التعبديّة الثابتة لأسباب الغايات فی نذرها و قد مرّ الاشكال فيه و خروجه عن مشرب الفقهاء لأنّهم لو جوّزوا نذر البيع مثلا فلا يلتزمون

فی نذره بأحكام البيع كما لا يخفی هذا مع الغضّ عمّا فی مساعدة العرف علی صدق إنشاء البيع أو العتق أو الصّدقة أو غيرها كالوكالة و الرهانة علی إنشاء النّذر من المنع الواضح و الّا فالإنصاف لا يصدقه بل مقتضی الإنصاف الخدشة فی الوجه الأخير (-

أیضا-) أمّا أوّلا فبالنّقض بنذر العبادات فإنّه لا یصلح سببا لشرعیّة عبادة جدیدة و امّا ثانیا فبالحل بان عدم الدّلیل علی انحصار السّبب غیر کاف بل لا بدّ من الدّلیل علی صحّة کون النّذر سببا من جهة أخری غیر العمومات کما انّه لا بدّ فی نذر عبادة من قیام الدّلیل علی مشروعیّتها من غیر عمومات النّذر و لا یکفی عدم الدّلیل علی عدم مشروعیّتها و دعوی الفرق بین العبادات و المعاملات فی المقام کما تری ثمّ لو قام إجماع فی خصوص مقام علی صحّة نذر الغایة اتّبعناه و الّا فالمتّبع أصالة العدم و فی المسئلة قول أخر نقله (- المصنف-) (- ره-) عن بعض فی خصوص نذر الصّدقة و هو خروجها عن ملک النّاذر بمجرّد النّذر إذا قصد الصّدقة العرفیّة و هی الإعطاء دون السّبب کالعقد المشتمل علی الإیجاب و القبول مثلا و الّا وجب السّبب مستدلّا علیه بوجوه أحدها انّه یصیر کالزکاة یجب صرفها إلی مستحقّها و ردّ بأنّه إذا أمر الشارع ابتداء بالدّفع استفید منه خروج المأمور به بالدّفع عن ملک المأمور لأنّ الأمر بالدّفع عن المالک الحقیقی یدلّ علی عدم تقریره له علی الملکیّة و استحقاق المدفوع الیه له و لذا استفدنا ملکیّة الفقراء من أوامر الزکاة و امّا إذا لم یکن ابتداء بل لأجل التزام المأمور بذلک بنذر و شبهه فلا دلالة علیه إذ المفروض انّه التزم بالتصدّق بمعنی احداث ملکیّة الفقیر بالدّفع و لازم ذلک بقائه فی ملک النّاذر بعد النّذر لیتحقّق الدّفع بعنوان التملیک إذ لو کان خارجا بنفس النّذر امتنع فی حقّه الإتیان بما التزم فیمتنع الأمر بالدّفع فیما یستفاد منه الخروج عن ملکه و قال بعضهم انّ محلّ الکلام ما إذا تعلّق النّذر بالدّفع بعنوان التملیک لا بالتصدّق الذی هو سابق الدفع بعنوانه و مقتضی وجوب الوفاء بالنّذر وجوب الدّفع فانّ دلّ الأمر به علی عدم تقریر الشّارع له علی ملکه و خروجه إلی ملک المستحقّ دلّ علیه فی المقامین و الّا فلا- إذ لا مدخلیة لکون الأمر ابتدائیا فی ذلک الّا ان یدّعی الفرق عرفا لا عقلا و هو کما تری تحکم واضح و الصّواب ان یردّ بمنع المبنی إذ لا دلالة للأمر بالدفع من المالک الحقیقی علی عدم تقریره له علی ملکه عقلا- و لا- عرفا و انّما استفدنا ذلک من أوامر الزکاة بمعونة الدّلیل الخارجی من الأخبار الصّریحة فی شرکة الفقراء مع الأغنیاء و لو لا لم یثبت للفقراء حقّ لا فی العین و لا فی الذّمة کزکاة الأبدان الّا ان یفرق بینها و بین زکاة المال بان الدّفع فیها لم یتعلّق بالعین بل بالذّمة بخلاف زکاة المال و منذور الدّفع فإنّ الأمر فیها متعلّق بالدّفع عن عین و هو لا ینفک عن ثبوت حقّ للمدفوع الیه بل لا معنی للحقّ فی العین الّا ذلک الثّانی ما رواه فی الکافی فی باب النذر

ص: ۱۶۹

عن الخثعمى فيمن نـذر ان يتصـدّق بجميع مـا يملـك ان عافاه اللّه فلمّا عوفى خرج عن داره و ما يملكه ليبيعها و يتصـدّق بثمنها فلمّا سئل الإمام عليه السّلام أمره بأن يقوّم جميع ذلك على نفسه و يتصرّف و يتصدّق بقيمتها تدريجا حتى يؤدى ما عليه و ردّ بمنع الدّلالة لجواز ان يكون امره عليه السّلام لكونه وليا للفقراء لا لكونه خارجا عن ملكه بالنّذر بل لا يصحّ لوجوب الصّدقة (- ح-) بالعين فكيف يقوّم و يـدفع القيمة تدريجا فالرّواية بالدّلالة على خلاف المقصود اولى و قال بعض المحققين (- قده-) و لنعم ما قال انّ امره (- ع-) لاـ ينطبق على القاعـدة على التقـديرين الّا من باب الولايـة و مع قطع النّظر عن امره عليه السّـلام لا دلالـة فيها على شـىء منهما فتكون الرّوايـة من هذه الجهة مجملة غير دالّة على الخروج و لا على البقاء الثالث ما رواه علىّ بن جعفر عن أخيه عليه السّـلام قال و سالته عن الصّدقـة تجعل للّه مثوبة هل له ان يرجع فيها قال إذا جعلتها للّه فهى للمساكين و ابن السّبيل فليس له ان يرجع فيها و ردّ بمنع الدّلالة و انه لاـ مسـاس له بالمـدّعى بشـىء لأنّهـا انّما وردت لبيان حكم الصّدقـة لزوما و جوازا لا لبيان تحقّق مفادها منجّزا أو معلّقا على إيجاد السّـبب مع ان محلّ الكلاـم نـذر الصّدقـة بمعنى الإعطاء دون الغايـة أو السّـبب و ليس فيها دلالـة على شـىء من ذلك مع ان موردها الصّدقة دون النّذر فتدبّر و امّا الجهة الثانية أعنى البحث عن انّ التصـرّف فى العين المتعلّق بها النّذر صـحيح جائز أم لا و توضيح القول فيه انّ النّـذر المـذكور امّـا ان يكون مطلقـا أو يكون معلّقـا على شـرط كما إذا قال للّه علىّ ان أعتق عبـدى ان رزقنى اللّه ولـدا و على الأوّل فامّا ان يكون موقتا كما إذا نذر الإعتاق يوم الجمعة أو غير موقّت كما لو نذره بدون تعيين وقت و المراد بالإطلاق التنجيز مقابل التعليق لاـ ما يقابل التقييـد كى يقال انّ التوقيت ينافى الإطلاق و ان تقسيم المطلق إلى الموقّت و غيره تقسيم للشـىء إلى نفسه و إلى غيره و إذ قد عرفت ذلك نقول امّا المنجز الموقّت فلا اشـكال و لا خلاف فى إيجابه المنع من التصـرّف فى المتعلّق بها النّذر ضـرورة وجوب الوفـاء بالنّـذر و التصـرّف بغير الجهـة المنـذورة تفويت للواجب فيمنع منه و امّا المنجّز غير الموقّت فالحكم فيه مثل الحكم فى الموقّت فى المنع من التصـرّف على غير الجهـة المنـذورة ضـرورة وجوب الوفاء به كلّ ان فالتصـرّف بغير تلك الجهة يمنع منه لتفويته الواجب و امّـا النّـذر المعلّق على شـرط ففى منعه من التصـرّف فى العين قبل حصول الشـرط تصـرّفا مفوّتا لموضوع النّـذر على تقـدير حصول الشـرط كبيع العين و هبتها و نحو ذلك وجوه و محلّ البحث ما إذا كان الشـرط المعلّق عليه محتمل الحصول و عدمه و امّا إذا كـان الشّـرط المعلّق عليه معلوم الوجود فى المسـتقبل أو معلوم العـدم فهمـا خارجان عن حريم البحث نظرا إلى أول الأول إلى المنجّز الـذى قـد عرفت عـدم الخلاف فى إيراثه المنع عن التصـرّف و فساد النّـذر من أصـله فى الثانى من حيث تعليقه على ممتنع ثمَّ ان احد الوجوه إيراث النـذر المـذكور المنع من التصـرّف (- مـط-) و ثانيها عـدم إيراثه ذلك (- مط-) ثالثها التّفصـيل بين ما إذا قصـد إبقاء المال فيمنع من التصـرّف و بين ما إذا لم يقصـده فلا يمنع حجّـة الأوّل الّـذى عليه جمع من المحقّقين انّ المنساق من النّـذر المـذكور عرفا انّما هو الالتزام بإبقاء المال إلى زمان حصول المعلّق عليه و صرفه فى الجهة المنذورة بعد حصوله فإتلافه بعد النّذر و قبل حصول المقصود يعـدّ فى العرف حنثا و نقضا لـذلك الالتزام و لـذا يـذم من باع ما نذر التصدّق به على الفقراء معلّقا على مجىء المسافر مثلا قبل مجيئه و لا يصـغى إلى اعتـذاره بعـدم تحقّق مقصوده بعد و توهّم انّ المراد هو التصدّق على تقرير بقاء المال و انّه بعد الإتلاف لا شىء هنـاك حتّى يجب التصـدّق به لانّ الحكم يرتفع بارتفاع محلّه و انّ الحنث لا يتحقّق الّا بترك المنـذور و بعـد تحقّق المقصود و بقاء المال كما هو مأخذ القول بجواز التصرّف و الإتلاف (- مط-) فى حيّز المنع و السّند وضوح صدق الحنث عرفا بمجرّد الإتلاف و لو قبل حصول المقصود لما أشـرنا إليه من انّ الالتزام بشـىء على تقدير حصول أمر كما هو مفاد النّذر المعلّق يسـتفاد منه عرفا الالتزام بإبقاء متعلّق ذلك الشىء إلى زمان حصول المعلق عليه و يعدّ تصرّفه فيه قبل مجىء ذلك الزمان نقصا لذلك

الالتزام منافيا له الا ترى انّه لو تعاهد اثنان على ذبح شاة مثلا على تقدير مجىء مسافر ثمَّ باعها أحدهما قبل مجيئه يعدّ ذلك منه نقضـا لـذلك العهد بل قد يقال انّ التصـرّف فيه مناقض لتلك القضـية الشـرطيّة عقلا (- أيضا-) إذ لا يصدق الالتزام بالشـىء على تقدير مع الإتلاف قبل ذلك التقـدير نعم لا نضايق من عـدم ترتيب آثار الملتزم نظرا إلى أصالـة العدم بعد عدم مناقضـته للالتزام المذكور لكن

عـدم منافاة التصـرّف مع ترتيب احكام الملتزم لا يوجب عدم ترتيب آثار الالتزام و من هنا يظهر انّ القول بجواز التصـرّف قبل حصول المعلّق عليه و هو زمان الشكّ فى حصوله و عدم العلم بما ينتهى اليه الحال تمسّـكا بأصالهٔ عدم الحصول ناشـئ عن غفلهٔ و ذهول لانّ التصرّف المذكور و ان لم يكن منافيا لآثار الملتزم لكنه مناف لآثار الالتزام بل أصل هذا الالتزام عند التأمّل التزام يأمر على تقدير عدم العلم بحصول مـا علّق عليه ضـرورهٔ انّ التعليق لاـ يكون الّا حـال الجهل بوقوع ذلك التّقـدير و الا فمع العلم بعـدم الوقوع لا فائـدهٔ فى التّعليق و الالتزام بل لا يتحقّق مع العلم بالعدم التزام كما فى قولك للّه علىّ ان أتصدّق بهذا المال لو عاد هذا الميّت حيّا و الحاصل انّ النّذر المذكور يفيد عرفا الالتزام بإبقاء المال فإتلافه حنث له و ان شـئت نظيرا للمقام من الشرعيّات فلاحظ ما ذكروا فى باب الفضولى من انّ من كان أصـيلا فى أحـد طرفيه لا يجوز له فسخ البيع ابتداء قبل اقدام صاحبه عليه على وجه يكون النقض مسـتندا اليه بل يجب عليه البقاء على ما الزم به نفسه بمقتضى وجوب الوفاء إلى ان يبتدئ صاحبه بالفسخ فيجوز له (- ح-) لكن بينه و بين المقام فرق و هو انّه يجوز للنـاذر نقض النّـذر إذا قطع بعـدم تحقّق المعلّق عليه فى وقته لاـنّه ليس حنثا و لا يجوز الفسـخ للأصـيل فى الفضولى و لو مع القطع بعـدم اجـازهٔ صـاحبه على مـا هو مقتضـى وجوب الوفـاء به و ذلـك على المختار من كاشـفيّهٔ الإجازهٔ اللّاحقـهٔ ظاهر فيجب على الأصيل ترتيب جميع آثار الملك قبل الإجازهٔ لكونها على القول بالكشف دالهٔ على وقوع البيع من أوّل الأمر تامّا بالإيجاب و القبول و امّا على القول بكونها نافلهٔ فالظّاهر جواز الفسخ للأصـيل (- أيضا-) حجّهٔ الثّانى وجوه الأوّل صـحيح محمّد بن مسـلم الوارد فيمن نذر عتق الأمـهٔ الـدال على جواز بيعهـا قبـل الوقت الّـذى علّق تحريرها على مجيئه كما صـرّح بـذلك ثانى الشّـهيدين و هما معترضا بالخبر المذكور على الفاضـلين قال فى كتاب العتق من (- الروضهٔ-) مازجا كلامه بقول الشهيد (- ره-) و لو نذر عتق امهٔ ان وطأها فأخرجها عن ملكه قبل الوطى ثمّ أعادها إلى ملكه لم تعـد اليمين لصـحيحهٔ محمّـد بن مسـلم عن أحـدهما عليهما السّـلام قال سالته عن الرّجل يكون لها؟؟؟ فيقول يوم يأتيها فهى حرّهٔ ثمّ يبيعها من رجل ثمّ يشتريها بعـد ذلك قال لا بأس بأن يأتيها قـد خرجت عن ملكه ثمّ قال و حمل ما أطلق فيها من التعليق على النّـذر ليوافق؟؟؟ و يشـهد له (- أيضا-) تعليله الإتيان بخروجها عن ملكه و لو لم يكن منذورا لم يتوقف ذلك على الخروج كما لا يخفى إلى ان قال و يتفرّع

ص: ۱۷۰

علی ذلک جواز التصـرّف فی المنذور المعلق علی شـرط لم یوجد و هی مسئلهٔ إشکالیهٔ و العلّامهٔ (- ره-) اختار فی التحریر عتق العبد لو نذر ان فعل کذا فهو حرّ فباعه قبل الفعل ثمَّ اشتراه ثمَّ فعل و ولده اسـتقرب عدم جواز التصرّف فی المنذور المعلّق علی الشرط قبل حصوله و هذا الخبر حجّهٔ علیهما انتهی و وجه کونه حجّهٔ علیهما کما صرّح به بعض المحقّقین هو انّ الخبر صحیح و قد دلّ علی انّها تخرج بالبیع عن الملک فیکون صـحیحا و هو تصـرّف فی المنذور قبل حصول الشرط بناء علی انّ مدلول الصّحیحهٔ هو النّذر فیلزم منه ذلک الثّانی ان المنذور المذکور لا یقتضـی ان یدّ من حرمهٔ نقضه و المنع من التصـرّف فی الشـیء و ذلک لا یکون الّا مع بقاء ذلک الشـیء لأنّ الحنث الـذی هو ترک التصـدّق بالمنذور مثلا لا یصدق الّا بعد حصول المعلّق علیه و بقاء المال و امّا مع إتلافه قبل ذلک فلاـ یبقی موضوع للحنث و بالجملهٔ الالـتزام بـان یتصـدّق بالمـال علی تقـدیر مجیء زیـد لا یقتضـی إلّا وجوب التصـدّق بالمال حال حصول المجیء فلا محلّ لا لوجوب التصدّق و لا لحرمهٔ الحنث الثالث انّ مقتضـی عموم سلطنهٔ النّاس علی أموالهم هو جواز التصرف فی المـال المـذکور خرج منه مـا إذا حصـل المعلّق علیه و هو بـاق لأـنه ممنوع من التصـرّف فی المال قطعا و امّا قبل حصوله فلم یعلم خروجه منه لأنا نشکّ فی انّ النّـذر المـذکور هل أوجب حجرا علی المالک أم لا فنقول الأصل عـدم کونه سـببا للحجر و الأصل بقاء السّـلطنهٔ و الأصـل (- أیضا-) عـدم تحقّق المعلّق علیه فان قضـیّهٔ عموم السّـلطنهٔ و أصالـهٔ عـدم تحقّق الشـرط صـحّهٔ ترتیب جمیع آثار الملکیهٔ علی المال المزبور و جواز التصـرّف فیه بأیّ نحو کان و أجیب عن هذه الوجوب أوّلا إجمالا بأنّ التصـرّف فی المال المذکور نقض للالتزام المزبور عرفا فیکون ممنوعا من التصـرّف فلا بـدّ من الاقتصار فی الصّـحیحهٔ المـذکورهٔ علی خصوص موردها أو تنزیلها علی محمل لا ینافی المنع من التصرّف و قد بیّنا سابقا انّ الالتزام بشیء علی تقدیر تعهد بإبقاء الشیء إلی حصول ذلک التقدیر و ثانیا تفصیلا امّا عن الأوّل فبان التصـرّف فی المنذور بالنّذر المشروط انّما یمنع منه من حیث کونه منافیا لمقتضی النّذر و لازمه و قد ذکرنا ان یرفع الموضوع رفع الشـرط أو السّبب لعدم حصوله من أوّل الأمر لیس منافیا و مناقضا لمقتضاه سواء کان من فعل النّاذر کما لو قال للّه علیّ ان أتصـدّق علی الفقیر بدرهم ان ضـربت زیدا فترک ضـربه أو من فعل الغیر کما لو قال للّه علی کذا ان جاء زید ثمَّ انه طلب من زیـد ترک المجیء و مورد الصّـحیحهٔ من هـذا القبیل لانّه حیث نـذر ان تکون الأمهٔ حرّهٔ ان وطأها انما أراد وطیها الشـرعی بعنوان کونها مملوکـهٔ له فکأنه قال للّه علی حرّیّـهٔ مملوکتی المتّصـفهٔ بهذه المملوکیّهٔ الخاصّهٔ أن وطأتها فاذا باعها فقد ارتفع موضوع النّذر و ارتفـاع الموضوع لیس منافیـا للحکم و انّمـا هو علّـهٔ فی ارتفاعه بنفسه و محلّ البحث انّما هو التصـرّف قبل حصول الشـرط بما یناقض مـدلول النّـذر و ینـافیه فالمـانع انّمـا یمنع من ذلک و مورد الصّـحیحهٔ لیس من هـذا القبیل فلا یتمّ للمجوّز الاحتجاج بها علی المانع و بتقریر أخر الخبر المزبور غیر نـاهض حجّـهٔ علی العلّامـهٔ و ولـده ضـرورهٔ وضوح الفرق بین بیع الأمـهٔ الّـذی دلّ الخبر علی جوازه و ما شابهه من التصـرّفات الّتی لا تعدّ نقضا للالتزام و بین بیع ما نذر ان یتصدّق به علی تقدیر قدوم زید و أمثاله من التصرّفات الّتی تعدّ فی العرف نقضـا للالـتزام فالـذی دلّ علیه الخبر هو جواز التصـرّفات الّتی تکون من النوع الأـوّل أو خصوص بیع الأمـهٔ علی تقـدیر عـدم التعـدّی عن مورد النّص و محـلّ الإشـکال انّمـا هی التصـرّفات الـتی تکون من النوع الثـانی إذ لاـ إشـکال فی جواز النوع الأـوّل أعنی التصـرّفات الّتی لا تعـدّ نقضا للالتزام و یرتفع معها موضوع النّـذر من غیر افتقار فی ذلک إلی النص فان من البیّن انّ ما هو معیار المنع فی النوع الثّانی و هو صـدق الحنث و عـدم التمکّن من الوفاء بالنّذر علی تقدیر حصول الشـرط غیر آت فی التصـرّفات الّتی تکون من النّوع الأوّل من غیر فرق فی ذلک بین ما إذا کان الشّـرط من فعل النّاذر کالوطی الّـذی هو مورد الخبر أو من غیره و التمس منه النّاذر ان لا یوجده أو یکون فعلا لغیره بحیث لا یقدر الناذر علی إعدامه و لو بالتسبیب کطلوع الشـمس و دخول الشـهر و نحوهما من أفعاله (- تعالی

-) بل نقول انّه علی تقدیر اختصاص البحث فی المسئلهٔ الّتی محلّ الاشکال بما إذا کان الشرط خارجا عن اختیار الناذر و یکون القائل بالمنع من التصـرّف قائلا بالمنع من خصوص ذلک لا (- مط-) کما صـرّح به جمال المحقّقین (- ره-) فی حاشیهٔ (- الروضهٔ-) حیث

علّق على قول الشهيد الثانى فى عبارته المزبورة و هى مسئلة إشكالية قوله الظاهر ان عدم الجواز على القول به انّما هو فى شرط لم يكن باختيار الناذر و فعله كقدوم زيد و شفاء المريض إذ جواز التصرّف قبل حصول الشرط لا يخلو عن اشكال لاستلزامه عدم إمكان الوفاء بالنّذر على تقدير حصول الشرط و امّا إذا كان الشّرط من فعل المكلّف باختياره فلا يظهر إشكال فى جواز التصرّف قبله إذ لا يلزم منه سوى ان لا يجوز له فعل الشّرط فلا محذور فيه خصوصا انّ التصرّف المذكور ممّا يؤكّد عدم وقوع الشّرط و (- أيضا-) إذا كان الحكم فى المسئلة المفروضة انحلال النّذر لخروج ملكه فلا وجه لعدم جواز مثل هذا التصرّف قبل وجود الشرط أصلا الّا ان يتمسّك بسؤال السّائل مع فضله و معرفته بأصول المسائل عن حكم المسئلة مع عدم علمه بما حكم عليه السّلام به عن انحلال النّذر فيها كما هو الظاهر فإنّه يستفاد منه جواز التصرف فى المنذور قبل حصول الشرط (- مط-) و لا يخفى ضعفه انتهى فعدم نهوض الصّحيحة حجّة على الفاضل و ولده أوضح ضرورة انّه إذا كان الشرط غير مقدور للنّاذر يكون المنع من التصرّف قبل حصول الشرط لاستلزامه عدم إمكان الوفاء بالنّذر على تقدير حصول الشّرط و الخبر المذكور لا يدلّ على جواز التصرّف فى هذا النّوع بل فى خصوص ما إذا كان الشرط كالوطى و نحوه ممّا يكون مقدورا للنّاذر بناء على التعدّى عن المورد و عدم الاقتصار عليه و القول بالجواز هنا لا يستلزم القول بالجواز فيما إذا كان الشرط غير مقدور له كما هو محلّ البحث فيما عرفته من المسئلة الّتى هى محلّ الإشكال و لا ينافى القول بالمنع هناك و ظاهر انّ هذا الوجه اعنى لزوم عدم التمكّن من الوفاء بالنّذر على تقدير حصول الشّرط لا يجرى فيما إذا كان الشرط من فعل النّاذر أو فعلا للغير يقدر على إعدامه و لو بالتسبيب و الجواز فى ذلك ممّا لا اشكال فيه خصوصا بملاحظة انّ التصرّف المذكور من النّاذر ممّا يدلّ على عدم وقوع الشّرط منه و (- أيضا-) إذا كان الحكم المفروض انحلال النّذر بالخروج من الملك فلا وجه لعدم جواز مثل هذا التصرّف قبل وجود الشرط و التمسّك بسؤال السّائل قد سمعت من المحقّق جمال الدين (- ره-) استضعافه نعم على تقدير كون النزاع فى جواز التصرّف فى المنذور قبل حصول الشرط و لو كان الشّرط من فعل النّاذر يعمّ الاعتراض على العلّامة (- ره-) و ولده بانّ الخبر المذكور حجّة عليهما و قد عرفت انّ النزاع ليس فى مطلق

ص: ۱۷۱

التصرّف و بالجملة محلّ الكلام شيء و مورد الصّحيحة شيء أخر و ليس القول بشيء في أحدهما مستلزما للقول به في الأخر و قد يجاب عن الاستدلال بالصّحيحة بوجه أخر و هو المنع من كون النّذر الّذى هو مورد الصّحيحة نذرا معلّقا لتكون حجّة على الفاضل و ولده إذ الظاهر انّه من باب النّذر المطلق الموقّت و التوقيت غير التعليق و لا يخفى ما فيه ضرورة انّ الغرض بقوله فيقول يوم يأتيها فهى حرّة ليس الّا تعليق التحرير على الإتيان منها و ذكر يوم الإتيان ليس من التوقيت في شيء و انّ الوقت في الموقّت لا بدّ من كونه معيّنا فإذا أهمل التعيين و أدار الحكم مدار الوصف علم كون المراد التعليق على الصّفة دون التوقيت و امّا عن الوجه الثانى فبان دعوى اختصاص مخالفة النذر بما إذا لم يكن أتلف المنذور بعد وجود الشرط ممنوعة لما عرفت من أهل العرف و الفقهاء لا يفرّقون في صدق الحنث و نقض الالتزام بين ما ذكر و بين ما لو أتلفه في حال احتمال تحقّق الشرط في المستقبل مع عدم الاعتناء به و عدم ترقّب حصوله فأدلّة وجوب الوفاء بالنّذر كافية في الدلالة على المنع من التصرّف في المنذور بإتلافه و امّا عن الثالث فبأنّه بعد صدق الحنث على التصرّف في المنذور بإتلافه و دلالة أدلّة وجوب الوفاء بالنّذر على الحنث بقسميه اللّذين هما صورتا إتلاف المنذور مع الشك في انّه يحصل الشرط أم لا و إتلافه بعد حصول الشرط بعنوان عدم الوفاء بالنّذر تكون تلك الأدلّة حاكمة على ما دلّ على سلطنة النّاس على أموالهم و قد يقرّر الجواب بانّ التمسّك بعموم سلطنة النّاس على أموالهم و بأصالة العدم لا ينفع في إثبات جواز التصرّف لانّ النّذر المعلّق على شيء كقدوم زيد معناه الالتزام بمتعلّقه في أزمنة الشّك في وجود ذلك الشيء الّذى هو مورد أصالة العدم فيكون التصرّف فيه بالإتلاف في تلك الأزمنة منافيا لذلك الالتزام و ظاهر ان أصالة عدم وجود ذلك الشّيء لا ترفع احتمال وجوده الذى عليه علّق النذر المذكور و هل اجراء هذا الأصل هنا الّا كإجرائه فيما إذا نذر ان يعطى فقيرا درهما في عدم تحقّق الإعطاء فيه و يدلّك على انّ النذر المذكور التزام بمتعلّقه في أزمنة الشّك في وجود ذلك الشيء لغوية النّذر المذكور مع العلم بتحقّق ذلك الشيء أو بعدم تحقّقه بل لا يعقل له معنى مع العلم بأحد الأمرين و هذا الكلام على تقدير ان يراد بالأصل الاستصحاب أو غيره ممّا أشير إليه في الاستدلال و الوجه في الكلّ انّ الالتزام بشيء على تقدير حصول أمر معناه عرفا على ما تكرّر إليه الإشارة هو التعهّد بإبقاء ذلك الشيء إلى ان يتحقّق ذلك الأمر و هذا الالتزام لا يرتفع بالأصل بأى معنى كان و يكون التصرّف فيه موجبا لرفع اليد عن ذلك الالتزام و بعد كون النّذر المذكور من أوّل الأمر واقعا في مورد الأصل واقعا على خلاف مقتضى الأصل و كون النّاذر ملتزما بالشيء حال احتمال الشرط و زمان الشك في وجوده لا مسرح لإجرائه في الكلام أصلا و إن كان إجرائه مقيّدا فإنّما هو بالنّسبة إلى ترتيب آثار الملتزم و الكلام في آثار الالتزام على ما بيّنا سابقا حجّة الثّالث دعوى عدم صدق نقض الالتزام صورة عدم قصد الإبقاء و اختصاص صدقه بصورة قصد الإبقاء و الجواب وضوح الصّدق في كلتا الصّورتين و دعوى الاختصاص في الأوّل غير مسموعة و السّند ما عرفت من معنى النذر المعلّق عرفا فتلخص من ذلك كلّه انّ القول الأوّل أظهر و اللّه العالم بقى هنا أمور ينبغى التنبيه عليها الأوّل ان ما ذكر انّما هو فيما إذا تعلّق النّذر بأمر معيّن و امّا إذا تعلّق بكلى ثمّ عيّنه النّاذر في شيء معيّن فهل حكمه حكم المعيّن من أوّل الأمر في كونه موجبا للحجر من التصرّف أم لا وجهان حكى أوّلهما عن الشهيد (- ره-) استنادا إلى عدم الفرق بعد التعيين و هو كما ترى لوضوح الفرق فانّ المعيّن أوّلا غير المعيّن بعد ذلك فانّ التعيّن بتعيين المالك يتوقف على ثبوت للمالك في التّعيين ليتعيّن الكلّى في الذّمة بتعيينه في فرد و ذلك ممّا لا دليل عليه بوجه كما لا دليل على إلحاق المعيّن بالعرض بالمعيّن من أوّل الأمر حكما و ربّما يستأنس للتعيّن بتعيين المالك بما ورد في نظيره من رواية دالّة على انّ الهدى لو ضلّ و غاب عن صاحبه بعد التقييد و الإشعار سقط التكليف بالهدى عن صاحبه و وجب على كلّ من وجده ان يذبحه و يعلّق عليه رقعة مكتوبا فيها هذا هدى بتقريب انّ المناط في البابين واحد لأنّ الهدى الواجب

عليه كلّى كما في المقام و قد دلّت الرّواية على انه يتعيّن بتعيين المكلّف إيّاه في خصوص المفقود فيلزم ان يكون الحال فيما نحن فيه (- كك-) و أنت خبير بأنّ أحكام الحجّ تعبّدية صرفة فثبوت حكم على خلاف القاعدة للنص الخاصّ لا يجدى في إلحاق غيره به

بعد حرمة القياس و اتّحاد المناط غير معلوم و المظنون منه غير مثمر الثانى ان ما ذكر من منع التصرّف فى متعلّق النذر انّما هو فيما إذا كان التصرّف منافيا للالتزام و امّا إذا لم يكن منافيا له كما إذا تسبّب لانتفاء الشرط باختياره على وجه يكون التصرّف رافعا لموضوع النّذر كما إذا نذر ان يتصدّق بألف درهم على الفقراء على تقدير مجىء زيد عنده ثمَّ التمس من زيد ترك المجىء اليه فأجابه أو نذر وطى الجارية على تقدير حصول أمر ثمَّ باعها قبل حصول ذلك الأمر فالظّاهر انّ مثل هذا لا يعدّ منافيا للالتزام إذ لم يقع المعلّق عليه (- ح-) حتّى يعدّ الترك المذكور مناقضا للالتزام و على هذه الصورة ينزل صحيح محمّد بن مسلم المتقدّم فان بيع الأمة ليس مناقضا لنذر عتقها أن وطأها كما إذا قتلها أو قطع أليته أو سلّ أنثييه أو نحو ذلك ممّا يزول معه المحلّ الموجب لانحلال النّذر و لا دلالة فيها على جواز التصرّف فى النّذر المعلّق قبل حصول الشرط فيما إذا كان التصرّف مناقضا للالتزام حتى يكون حجّة على الفاضل و ولده حيث ذهبا إلى جواز التصرّف فى المنذور كما اعترض عليهما الشهيد (- ره-) لانّ مورد الخبر هى الصورة الّتى أشرنا إليها و مراد الفاضلين هى الصّورة الّتى يعد التصرّف نقضا للالتزام لا (- مط-) و لا شبهة فى عدم الجواز فى الصّورة المذكورة الثالث انّ التصرف فى المتعلّق بها النّذر المعلّق على شرط قبل حصول الشرط بناء على المختار من حرمته لكونه موجبا لترك الوفاء بالنّذر هل يعدّ حنثا حتّى يترتّب عليه الكفّارة أم لا وجهان بل قولان أوّلهما لصاحب الرّياض و ثانيهما (- للمصنف-) (- ره-) حجّة الأوّل كونه تركا للنّذر بإزالة موضوعه و ترك الإتيان بالمنذور حنث موجب للكفّارة حجّة الثانى انّ عدم الوفاء بالنّذر شىء و ترك الشىء بعد الالتزام شىء أخر و الحنث هو الثّانى و اللازم من التصرّف المذكور هو الأوّل و ان شئت توضيح ذلك فلاحظ الفرق بين الصّوم بدون النيّة و بين الصوم مع تعمّد الإفطار بعد الشّروع فيه و قس ما نحن فيه بالأوّل و موجب الكفّارة بالثّانى تعرف انه لا ملازمة بين الأمرين هكذا أفاد الشيخ الوالد العلّامة أعلى اللّه مقامه و قوى لذلك الثانى و أنت خبير بانّ المنع من التصرّف لم يكن الّا لكون المنساق من النّذر المذكور عرفا هو الالتزام بإبقاء المال و انّ إتلافه بعد النّذر و قبل حصول المقصود يعدّ فى العرف حنثا فاذا عدّ حنثا فما باله (- قدّه-) لا يلتزم بالكفّارة قوله و ترك الشىء بعد الالتزام به شىء أخر قلنا ترك إبقاء المال بعد الالتزام بالإبقاء حنث على ما اعترف به طاب

ص: ۱۷۲

ثراه فیوجب الکفّارة فالوجه الأوّل أقوی لکن ذلک فیما إذا صادف الواقع بان یتبیّن بعد ذلک حصول الشرط المعلّق علیه ممّا لا شبهة فیه و امّا لو تبیّن بعد ذلک عدم حصول المعلّق علیه فلا عقاب علیه بل اللّوم المترتب علی التجرّی و هل تجب الکفّارة (- ح-) أم لا وجهان نظیر الوجهین فی کفّارة الإفطار إذا أفطر فی أهله ثمّ سافر فإنّه کما انّ الکفّارة هناک ان کانت مترتّبة علی إفطار الصّوم لم تجب و إن کانت مترتبة علی الأکل المحرّم وجبت فهنا لا بدّ من التأمّل فی انّ کفارة النذر هل هی مترتّبة علی مخالفة النّذر أو علی العصیان لعدم الوفاء بالنّذر و التحقیق ان تارک المقدّمة فی مثل المقام تارک لذیها حکما کتارک السّیر مع القافلة فی الحجّ فإنّه تارک للحجّ حکما أی فی استحقاق العقاب و امّا انّه تارک للواجب حقیقة حتی یترتّب علیه الحکم الوضعی الثابت بترکه ففیه اشکال مذکور فی محلّه فلاحظ و تدبّر جیّدا الرّابع انه حیث حرم التصرّف و کان منهیّا عنه فهل یفسد لو کان التصرّف بیعا و نحوه من العقود و الإیقاعات أم لا-وجهان یبنیان علی مسئلة النهی فی المعاملات و الأظهر عدم إیجابه الفساد و لیس النهی هنا نهیا خاصّا حتّی یفهم منه الإرشاد إلی الفساد و انّما استفید النهی من دلیل حرمة خلف النّذر بعد کون التصرّف بالإتلاف و الإخراج عن الملک حنثا فلا مسری للإرشاد هنا و قد قیل انّ ظاهر المعظم فی مسئلة العبد هو الإثم کما فی الرّیاض حیث صرّح بعدم جواز بیع العبد ناقلا لإجماع السیّد علیه و انّه لو فعل کان صحیحا لأنّ النهی لا یقتضی الفساد و کذا فی فرع الرّهن و ناهیک عن هذا انّ المحقّق الثّانی (- ره-) جعل التّرک أحوط و یمکن استکشاف اراء العلماء فی هذه المسئلة من ارائهم فی مسئلة جواز تصرّف من علیه الخیار إذ الظّاهر انّهما من واد واحد و هو صیرورة العین متعلّقة لحقّ الغیر الّا انه نظیر النذر المنجز دون المعلّق فمع التنجز لا إشکال فی حرمة التصرّف فیه و امّا فساده ففیه إشکال لأنّ النهی عن الضدّ لا یقتضی الفساد و لم أجد نصّا فیه من هذه الجهة فإن تمّ دلیل الفساد فی المعلّق کان فی المنجّز بطریق اولی و الّا فالحکم بالفساد فی المنجّز (- أیضا-) یصیر محلّ اشکال و الّذی ینبغی ان یقال انّه إن کان النّذر متعلّقا بالغایة و لم یکن معلّقا علی شرط و لا-موقّتا بوقت کما إذا قال للّه علیّ ان یکون عبدی حرّا فان قلنا بحصول العتق قهرا فلا اشکال لوقوع التصرّف (- ح-) فیکون فاسدا بلا-اشکال و ان قلنا انه یحتاج إلی إیجاد السّبب فلا إشکال فی حرمة التصرّف لما مر و امّا الفساد ففیه اشکال من أصالة العدم و عموم أدلّة نفوذ التصرّفات من البیع و نحوه و من انّه أقوی من حقّ الخیار للبائع المانع من نفوذ تصرّف المشتری عند الأکثر و کذا حقّ المشروط له الّذی قیل انّه لا خلاف و لا إشکال فی کونه مانعا من صحّة البیع و سائر النواقل و دعوی انّ قضیّة السلطنة علی الأموال جواز التصرّفات الناقلة قبل إجراء الصّیغة مدفوعة بأنّ العین متی صارت محلّا لحقّ الغیر کان التصرّف فیها موقوفا علی الإجازة و ایّ حق أقوی من صیرورتها محلّا للخیار أو لوجوب التحریر أو التصدّق مع انّه لو تمّ فساد التصرّف فی المعلّق و الموقّت قبل الشرط و الوقت کان الأمر هنا أسهل و امّا لو کان نذر الغایة موقّتا کما إذا قال للّه علیّ ان یکون مالی صدقة فی شهر کذا فقد یقال بعدم صحّة بیعه (- أیضا-) بعد النّذر و مثله نذر السّبب منجّزا من غیر توقیت و وجهه انّه بعد البناء علی صحّة هذا النذر و حصول المنذور به من دون سبب أخر یتعلّق به حق الغیر فعلا-و ان لم یخرج عن ملک الناذر الّا عند الوقت فمقتضی القاعدة فساد بیع العبد المنذور عتقه بعد الوفاة لأنه من نذر الغایة الموقّت (- فت-) و امّا إذا کان النّذر الموقّت متعلّقا بالسّبب کما لو نذر ان یتصدّق به فی الوقت الآتی ففی صحّة بیعه قبله وجهان من بقاء المال فی ملک النّاذر و عموم تسلّط الناس علی أموالهم و من انّ النّذر جعله متعلقا لحق الغیر کحق الخیار لمن هو له بل هنا أقوی فلا ینفذ فیه السّبب النّاقل (- فت-) الخامس انّ الحال فی المنع من التصرف فی العین المتعلّق بها النّذر فی کلّ من صورتی نذر الأسباب و نذر النتیجة بناء علی المختار من صحّة نذر الغایات علی حدّ سواء لاتّحاد الطریق فیهما و

هو اقتضاء النذر المذکور عرفا الالتزام بإبقاء المال إلی زمان حصول المعلّق علیه و صرفه فی الجهة المنذورة بعد حصوله و کون إتلافه بعد النّذر و قبل حصول المقصود فی العرف حنثا و نقضا لذلک الالتزام فلا تذهل السّادس انا و ان جزمنا فی صدر المقال بخروج المنجّز الموقّت عن حریم النزاع و جزمنا فیه بحرمة التصرّف فی العین المتعلّق بها النّذر الّا ان بعض المحققین (- ره-) خصّ

المنجز الغير الموقّت بالإخراج عن حريم البحث و نقل الوجوه الثلاثة المتقدّمة فى النذر المعلّق على شرط فى المنجز الموقّت (- أيضا-) و قوىّ هو ما قويناه معلّلا بأنّه إذا كان من قصده التّعليق على بقاء الموضوع كان قال للّه علىّ ان أعتق عبدى أو أتصدّق بمالى فى شهر رمضان لو بقى المال بحاله كان وجوب العتق (- ح-) مشروطا بالبقاء و يكون مقدمة للوجوب لا للوجود و لا اشكال عقلا و نقلا فى عدم وجوب المقدّمات الوجوبيّة كالاستطاعة بخلاف ما لو لم يكن البقاء شرطا لا فى اللّفظ و لا فى القصد فانّ العتق فى شهر رمضان (- ح-) يكون واجبا عليه على الإطلاق قبله و يكون البقاء (- ح-) مقدّمة وجوديّة فيحرم عليه التصرّف فى المنافى للبقاء مقدّمة و ان لم نقل باقتضاء الأمر بالشىء النهى عن الضدّ ثمّ قال مشيرا إلى القول الثّالث و هو التفصيل بين ما لو كان من قصد النّاذر التّعليق على إبقائه الموضوع فيجوز ما لم يكن (- ككك-) فلا ما لفظه و قد يقال بخروج التفصيل المذكور عن محلّ البحث و هو النذر المطلق الموقّت إذ من الواضح لزوم مراعاة قصد الناذر إطلاقا و تقييدا لو علم به انّما البحث فى حكم ما لا تعليق فيه ظاهرا و مقتضى القاعدة فيه كونه من قبيل الواجبات الموقّتة قبل مجىء وقتها الّتى لا يجب مقدّماتها الوجوديّة قبل الوقت لانّ توقيت الطّلب يجعله مشروطا بلا خلاف و كذا توقيت المطلوب على الأصحّ فلا فرق بين ان يقول الأمر إذا جاء يوم الجمعة فصم أو سافر أو يقول صم يوم الجمعة أو سافر فيها فى عدم تنجّز الخطاب و عدم اقتضائه وجوب المقدّمات قبلها و فيه أوّلا منع جواز تفويت القدرة فى الواجبات الموقتة قبل الوقت أو تفويت بعض المقدّمات الوجوبيّة مثل اراقة الماء قبل دخول الوقت (- مط-) أو المقدمات الغير الرّاجعة إلى تنويع المكلّف على ما تقرّر فى الأصول و ثانيا وضوح الفرق بين التكليف الابتدائى الموقّت و بين ما كان مسبّبا عن النذر و شبهه لانّ مقتضى وجوب الوفاء به عدم تفويت مقدّمات المنذور فى وقته عرفا لانّ الوفاء بالنّذر و العهد قاض بالبقاء على حالة الامتثال إلى زمانه الا ترى انّه لو وعدك إنسان بشىء ثمّ بذله من غيرك قبل الوقت يعدّ عندك و عند النّاس مخلفا لوعده و النذر (- أيضا-) وعد للّه تعالى و معاهدة معه على شىء فى وقته فكيف يجوز الخلف اختيارا و بالجملة فالأصحّ عدم جواز التصرّف المنافى قبل الوقت سواء كان النّذر متعلّقا بالغاية فى موارد صحّته أو متعلّقا بالمبدء فلو تصرّف حنث فتدبّر

ص: ۱۷۳

جيّدا هذا ما تيسّر لنا من الكلام فى نذر النتيجة

[و الكلام فيه يقع فى مسائل الأولى فى وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعى]

قوله طاب ثراه لظاهر النبوى (- اه-)

لما ثبت صحة العقود و لزوم الوفاء بها كانت الشروط خارجة عن اسم العقد و كانت أمورا لاحقة يربطها العاقد بالعقد و يقصدهما معا على نحو التركيب فيحتاج فى إثبات صحّة هذا الرّبط و لزومه و وجوب الوفاء به إلى دليل تصدّوا لإثبات ذلك و استدلوا عليه بأمور أحدها النبوى المروىّ مستفيضا بل متواترا المؤمنون عند شروطهم وجه الاستدلال انّ ذلك من الجمل الخبريّة المستعملة فى مقام الإنشاء فيقتضى وجوب الوفاء بالشّرط و اليه يرجع ما قيل من انّ المتبادر من العبارة الوقوف عند الشّرط و انّ ظاهره تحتم ذلك و عدم جواز مخالفته و ربّما استدلّ بعض الفضلاء على عدم صحّة حمل الكلام على الاخبار المحض بأمور فمنها ان ذلك مستلزم للكذب إذ ربّ مؤمن و مسلم لا يقف عند شرطه و دعوى انّ ذلك بيان لوصف المؤمن و المسلم و ان من لم يقف عند شرطه فليس بمؤمن و لا مسلم مدفوعة ببعد ذلك عن سياق النّصوص و مذاق الشرع و مخالف للأدلّة القاطعة و لو سلم فلا يقدح فى الاستدلال ضرورة انه إذا حكم الإمام عليه السّلام بان من لم يقف على شرطه خرج عن الإسلام و الايمان كشف عن وجوب الوقوف بمقتضى الذّم و التّهديد و منها فهم الأصحاب ذلك خلفا عن سلف و ذلك كاشف عن كونه معناه أو عن وجود قرينة دالّة عليه و منها ما أشار إليه فى المتن من استثنائه عليه السّلام من عصى اللّه فإنّه دالّ على ان من لم يقف فقد عصى و منها استدلال الامام عليه السّلام بذلك فى جملة من الأخبار المتقدّمة فانّ فى النّبوى (- ص-) لو كان اخبارا صرفا غير مستعمل فى مقام الإنشاء لم يكن لاستدلاله عليه السّلام به وجه ثمَّ انّ هذا الوجه كسابقه كما يدلّ على إرادة الإنشاء بالأخبار يدلّ على الوجوب (- أيضا-) مضافا إلى انّ المتبادر منه الوجوب و (- أيضا-) فأقرب المعانى إلى الجملة الخبريّة المستعملة فى الإنشاء هو الوجوب و (- أيضا-) فقد دلّت جملة من تلك الأخبار على الوجوب فى المقامات الخاصّة فتثبت الكليّة بعدم القول بالفصل فثبوت أصالة الصّحة فى الشروط الّا ما دلّ الدّليل على بطلانه ممّا لا بحث فيه لا يقال لعلّ المراد بهذه الشّروط ما ألزموه أو التزموا به بسبب من الأسباب الملزمة فلا يدلّ على انّ نفس الشرط أيضا من الملزمات لأنّا نقول أوّلا انّ الظاهر من الوقوف عند الشرط كلّ ما حصل به الرّبط و الإلزام و التقييد بما دلّ عليه من دليل من الشّرع خلاف الظاهر مع انّ ذلك يصير تأكيدا (- ح-) إذ بعد ثبوت الملزم الشرعى لا شبهة فى وجوب الوقوف فلا يحتاج إلى البيان بقوله المسلمون عند شروطهم فظهر انّ المراد تأسيس قاعدة كليّة من صحة كل ما يصدق عليه انّه شرط و ثانيا انّ استثناء المخالف للكتاب و السّنة و المحلّل للحرام و المحرّم للحلال فى الأخبار المتقدّمة أقوى شاهد على كون نفس الشرط من الملزمات ضرورة انه لو كان المراد بالشروط هى الشرط الذى دلّ عليه دليل شرعىّ لم يعقل المخالفة و لا المحلّلية و المحرّمية و ثالثا انّ الإمام عليه السّلام استدلّ على لزوم الوفاء بالشرط بالنبوى (- ص-) فلو كان المراد بالشرط ما ثبت لزومه و صحّته من دليل شرعى فكيف جعل عليه السلام هذا دليلا على صحّة الشّرط لا يقال ان لازم ما ذكر هو وجوب الوفاء بكلّ ما تعهّد به فلم خصّوه بما فى ضمن العقد لأنّا نقول أوّلا انّ الشرط ليس بمعنى مطلق الإلزام و الالتزام حتى تكون الأخبار دالّة على ان كلّ إلزام و التزام يجب الوفاء به إذ قد عرفت فى مقدّمات المبحث انّ الشرط بمعنى الرّبط و لا يطلق على التعهّد المستقلّ انه شرط بل لا يقولون فلان شرط على فلان كذا الّا إذا كان مرتبطا بعمل أو بإجارة أو بقرض أو نحو ذلك و (- ح-) فلا يدلّ عموم الشّروط الّا على الوقوف فى الشرط الواقع فى ضمن المعاملة و ثانيا انه قد ورد فى النّصوص انّ كلّ شرط قبل عقد النّكاح لا يلتفت اليه و لا يجب الوفاء به و قام الإجماع على ذلك فلو كانت العمومات دالّة على ذلك لاستشكلوا فى ذلك مع اختلاف النصوص الخاصّة (- فت-) الثّانى ممّا استدلّوا به ما أشار الماتن (- قدّه-) بقوله مضافا إلى عموم وجوب الوفاء (- اه-) و توضيح التقريب انّ ما دلّ على لزوم الوفاء بالعقود يدلّ على صحّة الشرط الواقع فى ضمن

العقد امّا لانّ ذلک کالجزء من العقد و القید منه فاذا وقع الارتباط بینه و بین العقد فی قصد المتعاقدین فالوفاء بالعقد یقتضی الوفاء به لانّه من کیفیات العقد و لا فرق بین

ما اعتبر فی الأرکان و بین ما لوحظ من الخارج بل هذا فی الحقیقة یرجع إلی صفة فی أرکان العقد فیکون المبیع الفرس المرتبط بکذا و الثمن السیف المرتبط بکذا فلا بدّ من الوفاء بالشّرط حتی یحصل الوفاء بالعقد و اما لان الشرط بنفسه عهد من العهود و قد دلّت الآیة علی لزوم الوفاء بالعهود و لا یضرّ الانصراف إلی المتعارف هنا لانّ الشرط فی ضمن العقد من العهود المتعارفة الشائعة فکما یشمل العقد الأصلی یشمل الشرط الثّالث انّ المعاملات لیست مبتیّة علی التعبّد و الاختراع و انما هی أمور مجعولة عند العقلاء علی نحو یتمّ بها النظام و الشارع قرّرهم علی ذلک فکلّ معاملة شائعة بین الناس یحکم بصحّتها لکشفه عن تقریر الشّارع الّا ما ورد المنع عنه و لا منع من الشرع من أخذ الشروط فی ضمن العقود إذ لو کان لاشتهر و تواتر کسائر المعاملات الفاسدة سیّما بعد عموم البلوی و شدّة الحاجة مع انه قد انعکس الأمر فیکشف عن رضاه به و هو المدّعی

قوله طاب ثراه کشرط العتق (- اه-)

أبدله فی (- لک-) بشرط رهن شیء علی الثمن فإنه لا یصیر رهنا بمجرّد الشرط بل لو جعله رهنا لم یصحّ لعدم لزوم الثمن لذمّة المشتری (- ح-) الّذی هو شرط صحّة الرهن بل لا بدّ له من صیغة أخری بعد البیع انتهی

قوله طاب ثراه و فیه انّ المعروف بینهم انّ الشرط بمنزلة الجزء (- إلخ-)

فیه ما مرّ منّا فی مقدّمات المبحث من منع کون الشرط بمنزلة الجزء من احد العوضین بالمعنی الّذی یزعم

قوله طاب ثراه و انّ مقتضی القاعدة (- اه-)

عطف علی جملة مع انّ المعروف (- اه-) فهو إیراد ثان علی الشهید (- ره-) ففیه منع إباء القاعدة اللفظیة عن ارادة ذلک المعنی بحیث ینحلّ الیه العقد المذکور فی ضمنه الشرط

قوله طاب ثراه و انّ رجوعه (- اه-)

عطف علی جملة و ان مقتضی (- اه-) فهو إیراد ثالث و یمکن الجواب عن ذلک بان المرتکز فی ذهن المتعاملین انّما هو تعلیق لزوم العقد و ثباته علی حصول الشرط لا تعلیق نفس النقل حتی یلزم المحذور

قوله طاب ثراه ان لازم هذا الکلام (- اه-)

هذه الجملة مبتدأ مؤخّر و فیه مع انّ المعروف (- اه-) التی هی خبر مقدّم و یمکن الجواب عنه بنظیر جواب الإیراد السّابق ان (- یق-) انّ المعلّق علی الشرط لو کان أصل النّقل لکان اللّازم عند فقد الشرط ارتفاع النقل من رأس و لیس (- کک-) بل المعلّق علی الشرط انّما هو ثبات العقد و لزومه فلازم تخلّف الشرط هو زوال اللزوم و هو مسلّم لا محذور فیه

[المسألة الثانیة فی إجبار الممتنع عن الوفاء بالشرط و عدمه]

قوله طاب ثراه ظاهر جماعة ذلک (- اه-)

من هؤلاء الجماعة ثانی الشهیدین فی (- لک-) بل قیل انّ علیه الأکثر و انه المشهور بل عن الغنیة و (- ئق-) الإجماع علیه

قوله طاب ثراه و ظاهر التحریر خلافه (- اه-)

قد یستظهر ذلک من کلّ من أطلق ثبوت الخیار بعدم وفاء المشروط علیه بالشّرط کالمحقّق فی (- یع-) و غیره فی غیره

قوله طاب ثراه و هل یکون حقّا للّه (- اه-)

یأتی إنشاء اللّه تعالی فی المسئلة السّادسة من

ص: ۱۷۴

المتن التعرض لذلک

قوله طاب ثراه ما ذکره فی (- مع صد-) و (- لک-) (- اه-)

حقّ العبارة ان یقول و ما یظهر من (- مع صد-) و (- لک-) (- اه-) و ذلک (- اه-) لان (- مع صد-) و (- لک-) خالیان من قول انا إذا قلنا بوجوب الوفاء فلا کلام فی ثبوت الإجبار و انما الموجود فی الأوّل قوله و اعلم انّ فی إجبار المشتری إلی أخر ما نقله عنه فی المتن و الموجود فی (- لک-) عند قول المحقّق (- ره-) إذا شرط العتق فی بیع المملوک فإن أعتقه فقد لزم البیع و ان امتنع کان للبائع خیار الفسخ ما لفظه ظاهره ثبوت الخیار بمجرّد امتناع المشروط علیه و ان قدر المشروط له علی إجباره علی الوفاء و هو احد القولین فی المسئلة و وجهه أصالة عدم وجوب الوفاء و للمشروط له وسیلة إلی التسلّط بالفسخ ففائدة الشرط (- ح-) جعل البیع اللازم عرضة للزّوال عند فقد الشرط و لزومه عند الإتیان به و القول الأخر وجوب الوفاء بالشرط و عدم تسلّط المشروط له الّا مع تعذّر تخلیصه لعموم الأمر بالوفاء بالعقد و المؤمنون عند شروطهم الّا من عصی اللّه و هذا هو الأجود فعلی هذا لو امتنع من الوفاء و لم یمکن إجباره رفع امره إلی الحاکم لیجبره ان کان مذهبه ذلک فان تعذّر فسخ انتهی و وجه دلالة العبارة علی انّه لا کلام فی ثبوت الإجبار بناء علی وجوب الوفاء انّه علّل عدم ثبوت الإجبار بعدم وجوب الوفاء فیلزمه مسلّمیّة ثبوت الإجبار بناء علی وجوب الوفاء فتدبّر

قوله طاب ثراه فیجبر علی تسلیمه (- اه-)

لعموم ما دلّ علی جواز إجبار من له المال و الحقّ من علیه المال و الحق

[المسألة الثالثة فی أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمکن من الإجبار فیکون مخیرا بینهما أم لا یجوز له الفسخ إلا مع تعذر الإجبار]

قوله طاب ثراه و لا نعرف مستندا للخیار (- اه-)

یعنی الخیار بین الفسخ و الإجبار و ربّما استدل بعضهم للخیار المذکور بانّ فوات الشرط یوجب الضّرر علی صاحبه و جبره امّا بإجباره علی الأداء و امّا بفسخ العقد المشروط فیه و حیث لا دلیل علی تعیین أحدهما یتخیّر فی ذلک و یضعف بأنّه إن کان له الإجبار علی أخذ حقّه فلا وجه لفسخ العقد المحکوم شرعا بلزومه إذ لا معارض له الان فامّا ان لا یلتزم بجواز الإجبار و امّا ان لا یقول بجواز الفسخ لأنّه بعد إمکان الإجبار عقلا و شرعا فهو قد فوّت علی نفسه الشّرط مضافا إلی ما دلّ علی لزوم الوفاء الموجب للإجبار لو امتنع و من هنا یظهر انّه لو أمکن للشارط أخذ الشّرط من دون توسّط دفع المشترط فله ذلک کما لو تسلّط المشتری علی البیع فانّ له أخذه و ان لم یرض البائع فی غیر ما یشترط فی صحّته القبض فلو لم یأخذ فلیس له فسخ العقد لأنّه فوته علی نفسه ما دام باقیا علی إمکانه

قوله طاب ثراه (- فت-)

لعلّ وجه التأمّل هو منع کون الامتناع من الشرط نقضا للعهد لانّ الشرط التزام فی ضمن التزام فنقض الالتزام الثانی لیس نقضا للالتزام الأوّل (- فت-)

[المسألة الرابعة لو تعذر الشرط فلیس للمشترط إلا الخیار]

قوله طاب ثراه الرابعة لو تعذّر الشرط فلیس للمشترط الّا الخیار (- اه-)

هذه الفقرة تنحلّ إلی مطلبین أحدهما عدم ثبوت غیر الخیار الثّانی ثبوت الخیار بین الرد و الأرش و (- المصنف-) (- قدّس سره-) قد تصدّی لبیان علّة الأوّل و سکت عن الثانی فیلزمنا توضیح القول فیه فنقول انه صرّح بذلک جمع کثیر بل أرسل اخرون ذلک إرسال المسلّمات و ادّعی غیر واحد الاتفاق علیه و فی خیارات الفقیه الغروی انّه لا کلام فیه و انّ ظاهر الأصحاب الاتفاق علیه انتهی و قد وقع الاستدلال علیه فی کلماتهم بوجوه الأوّل انّ ثبوت الخیار هو مقتضی الشّرط فان معناه انّه لو انتفی فلا عقد و تنظر فیه الفاضل

النراقی (- قدّه-) بانّ ذلک انّما یتمّ إذا کان مراد المتعاقدین من الشرط الشرط الأصولی و هو ما ینتفی المشروط بانتفائه و امّا لو أرادا منه مجرّد الإلزام و الالتزام فلا معنی له مع انّ هذا لو تمّ للزم بطلان العقد لانّه المشروط لا خیار الفسخ و جعل المشروط اللّزوم لا وجه له و ردّ بانّ العاقد إذا شرط فإن أراد به الانتفاء عند الانتفاء لأصل العقد فلا وجه للخیار بل لازمه البطلان و إن کان لدوامه (- فکذلک-) لارتفاع المشروط بارتفاع شرطه و إن کان للزومه فلا وجه لقول العاقد شرطت فی لزوم العقد فان ذلک حکم وضعیّ توقیفی فلا وجه لاحتمال انّ الشرط أصولی ینتفی بانتفائه الثّانی أنّ التراضی فی العقد علی سبیل اللزوم و الاستمرار و انّما وقع لهذا الشّرط و لم یعلم من الطّرفین إخراج مالهما عن ملکهما علی سبیل اللّزوم الّا مع تحقّق الشرط فمع انتفائه لهما الرّجوع إلی مالهما و ردّه الفاضل المذکور بانّ الظاهر من العقد الرّضا بالانتقال مع التزام الشرط و قد تحقّق الالتزام إذ لا یشتمل علی غیر ذلک و امّا الالتفات الی عدم الشّرط و عدم الرّضاء معه فالأصل عدمه و لا یعتبر ذلک الاحتمال فی شیء من العقود إجماعا و لذا لو اشتری أحد شیئا و قبضه ثمّ تلف بعد ثلثة أیّام مثلا لا یحصل له خیار و لا یقال انّه لم یعلم إخراج ماله عن ملکه علی سبیل اللّزوم الّا مع عدم التلف فی هذه المدّة مع انه لو التفت إلی هذا الاحتمال أو علمه حین العقد لم یرض بالشرط و الحاصل انّ الملتفت إلیه فی العقود انّما هو ما یستفاد من اللّفظ فاذا دلّ لفظ علی التراضی بالنّقل مع التزام شیء یحکم بالرّضاء مع ذلک الالتزام و امّا انّه لو لم یتحقّق ما التزم به فهو أمر خارج لا دخل له بالعقد و ایّ فرق بین هذا الشّرط و بین ما إذا باع شیئا بشیء أخر یسلّمه المشتری بعد مدّة و نقص قیمة ذلک الثمن عند التسلیم نقصانا کثیرا أو باعه بثمن إلی مدّة و مات المشتری فی تلک المدّة و نقل المبیع إلی غیره و لم یخلف شیئا و امّا أصالة عدم التراضی إلّا مع سلامة الشّرط فهی مدفوعة بما هو الظاهر من اللّفظ و هو الرّضا مع التزام الشرط و قد تحقّق و هذا للظهور معتبر بالإجماع القطعی و الّا لم یسلم عقد لأحد بل لوضع ظهور ذلک لکفی الإجماع القطعی فی ذلک هذا کلامه و أجیب عن ذلک باحتمال کون المراد بوقوع التّراضی مع الشرط وقوع العقد علی هذا النّحو فاذا تعذّر ذلک فلا بدّ من مدفع لفوات هذا المقصود و لیس الّا الخیار و انّه لیس فی کلامهم الالتفات إلی العدم عند العدم حتی یمنع أو یتقی بالأصل و لا یحتاج إلی احتمال عدم التراضی بل المدّعی انه من المعلوم انّهما قاصدان لهذا المرکّب و قد فات و ایّ فرق بین فوات المرکّب من العقد و الشّرط و فوات العقد علی المرکّب بفوات بعض اجزائه و لیس فی ظاهر لفظهما الرّضا بالعقد کیفما کان حتی یتمسّک به فی عدم الخیار إذ ظاهر العقد الرّضا بالمجموع المرکّب و این الظّاهر الدّال علی الرّضا کیفما کان قلت مقتضی ما ذکره المجیب هو بطلان العقد من رأس لا ثبوت الخیار کما لا یخفی الثّالث ما تمسّک به بعضهم من قاعدة الضّرر بتقریب انّ الشرط هو الرّبط فالإلزام و الإیجاب وقع علی أمرین مع الارتباط فاذا فات أحدهما فقد دخل الضّرر فیسلّط علی الخیار دفعا له و لیس هذا لتبعّض الصّفقة حتی یسقط العوض لانّ الشرط لیس جزءا و ان کان له قسط من الثمن و انّما هو کالوصف و الأوصاف لا تقابل بالأعواض و ان تفاوت بها القیم و قولهم له قسط من الثمن معناه انّ له دخلا فی ذلک لا انّه مقابل بالعوض و هذا الوجه متین و توهّم انّ الضّرر کما یرتفع بالخیار فکذا یرتفع بالبطلان من رأس کما تری ضرورة أن

الضّرورة تقدّر بقدرها فاذا کان الضرر یرتفع بالخیار فلا معنی للبطلان الرابع الإجماع

ص: ۱۷۵

تمسّك به بعضهم و حجية مقصورة على مدعيه الخامس ما تمسّك به فى المستند من الضعيف بابى الجارود زياد بن المنذر كالصّحيح لكون الرّاوى عنه ابان المجمع على تصحيح ما يصحّ عنه الذى رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن فضالة عن ابان بن عثمان عن ابى الجارود عن أبى جعفر عليه السّلام قال ان بعث رجلا على شرط فإن أتاك بمالك و الّا فالبيع لك بتقريب انّ الشرط فيه يعمّ بإطلاقه كلّ شرط فانّ لفظة ما فى قوله مالك موصولة و اللّام جارة فيثبت المطلوب فى جميع الموارد و ان جعلت لفظه ما جزء للكلمة و (- ككك-) اللام و كون الجار لكلمة المالك بكسر اللّام فامّا ان يراد بالمال المشروط (- مط-) أو مجازا أو يخصّ الشرط بالمالى و يتعدّى إلى غيره بالإجماع المركّب و يثبت تمام المطلوب و (- كك-) فى الشروط التى للمشترى و خياره و امّا ارادة الثمن من المال فهو مع كونه تخصيصا بلا مخصّص يوجب لغويّة قوله على شرط الّا ان يخصّ بشرط إتيان الثّمن فى وقت معيّن خاصّة و هو (- أيضا-) تخصيص بلا مخصّص مع انّه (- أيضا-) يثبت المطلوب بضميمة الإجماع المركّب و امّا تخصيص الشرط بشرط خيار الفسخ مع عدم الإتيان بالثمن فهو تخصيص لا وجه له بل هو إخراج للأكثر و امّا كون المراد من قوله فالبيع لك الخيار فالوجه فيه ظاهر لقضاء العرف بذلك إذ لا معنى لكون البيع له الّا كون اختياره اليه و هل هو الّا الخيار فتدبّر

قوله طاب ثراه لعدم دليل على الأرش

كان الأولى التمسّك بأصالة برأيه ذمّة المشروط عليه من بذل التّفاوت و جعل عدم الدّليل على ثبوت الأرش منقّحا لمجرى أصل البراءة فانّ مجرّد عدم الدّليل لا يكفى فى نفى الأرش ثمّ انّ القول بعدم ثبوت الأرش هو ظاهر جمع منهم الشهيد (- ره-) فى (- س-) و صريح اخرين و المراد بالأرش هنا هو تفاوت ما بين وجود الشرط و عدمه

قوله طاب ثراه و ظاهر العلّامة (- ره-) ثبوت الأرش (- اه-)

قال فى (- عد-) فى فروع البيع بشرط العتق انّه لو مات أو تعيّب بما يوجب العتق رجع البائع بما نقصه شرط العتق فيقال كم قيمته لو بيع (- مط-) و بشرط العتق فيرجع بالنّسبة من الثّمن انتهى

قوله طاب ثراه و ضعّف فى (- س-) قول العلّامة (- اه-)

ربّما ردّ تضعيف (- س-) بانّ الثمن لم يوزع على الشرط بحيث يجعل بعضه مقابلا له و انّما الشرط محسوب مع الثمن و قد حصل باعتباره نقصان فى القيمة فطريق تدارك النّقص هو الرّجوع بالنقيصة و أقول انّ هذا الكلام و إن كان لا بأس به فى ردّ الشهيد (- ره-) لكنّه لا يردّ أصل مختاره بل هو الأظهر عند التأمّل لأنّ الشّرط و إن كان له تأثير فى زيادة الثمن و نقصه الّا انّ ذلك بمجرّده لا يقتضى جواز إلزام المشترى بالنّقص فقط لعدم الدّليل عليه و الاستدلال عليه بكونه بمنزلة الثمن قبل القبض و تلف الثمن قبل القبض مضمون على المشترى مدفوع بمنع شمول أدلّة ذلك لمثل هذا و الحكم على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورد اليقين و هو المبيع و الثمن لا ما هو بمنزلتهما من غير دليل على التنزيل فالقول (- ح-) هو الأقرب نعم لو كان المشترى هو المتلف للعبد أو غيره من المبيعات أو المعيّب له بما يوجب تعذّر الوفاء بالشرط رجع عليه لكونه ضارّا و متلفا امّا فى التلف من قبل اللّه تعالى فالقول بالرّجوع عليه بما يقابله مشكل ثمّ على تقدير الرّجوع بالنّقيصة فظابط استخراج تلك النّقيصة على نحو ما سمعته من العلّامة (- ره-) و توضيحه انّه يقوم بدون الشرط و يقوم معه و ينظر التفاوت بين القيمتين و ينسب إلى القيمة التى هى مع شرط العتق و يؤخذ من المشترى مضافا إلى الثمن بمقدار تلك النّسبة من الثمن فلو كانت قيمته بدون الشّرط مائة مثلا و معه ثمانين لكان التفاوت عشرين نسبتها إلى الثمانين انّها ربعها فيؤخذ من المشترى بمقدار ربع الثمن و يسلّم إلى البائع لأنّه هو الّذى تسامح به البائع فى مقابل الشرط للعتق فتدبّر

[المسألة الخامسة لو تعذر الشرط و قد خرج العين عن سلطنة المشروط عليه بتلف أو بنقل أو رهن أو استيلاد]

قوله طاب ثراه ففى رجوعه عليه بالقيمة (- اه-)

المراد بـالرجوع بالقيمـة فى القيمى و الّا ففى المثلى لا معنى للرّجوع بالقيمـة ضـرورة انّ المثل حيث يمكن أقرب الإبـدال إلى العين و انّما الرّجوع إلى القيمة حيث لا يمكن الرّجوع بالمثل كما لا يخفى

قوله طاب ثراه تقدّمت فى أحكام الخيار (- اه-)

احكـام الخيـار لم تتقـدّم الّا ان يكون غرضه التقـدّم تصـنيفا لكنّه خلاف ظاهر التّعبير و لو كان غرضه ذلك لكان يقول قـد حرّرنا فى أحكـام الخيـار لظهور كلمـة تقـدّم فى التقـدّم ترتيبـا و ظنّى أنّ (- المصـنف-) (- ره-) كان قـد كتب سابقا هـذا الكتاب شـرحا على الشـرائع و مبحث احكام الخيار و النّقد و النسيئة مقدّمان هناك على مبحث الشّـروط ثمّ لما عدل عن الشرح إلى الاستقلال بقى جملة من المواضع مثل المقام فلم يبدل كلمة تقدّم بكلمة يأتى

قوله طاب ثراه أو مع اذن المشروط له (- اه-)

جعـل صورة الإذن من الوجوه كمـا ترى ضـرورة انّ اذنه فى ذلـك إسـقاط للشـرط و هو جـائز قطعا و موجب لصـحّة العقـد فلا وجه لمقابلته باحتمال البطلان فالظاهر انّه سهو من قلمه الشريف

قوله طاب ثراه و ظاهر ما اخترناه (- اه-)

يعنى انّ ظاهر عبارة (- س-) ما اخترناه من التّفصـيل لكن لا يخفى عليك خلوّ عبارة (- س-) عن حكم العتق و انّ له فسـخه أم لا ثمّ انّه اثبت له السّلطنة على الفسخ و مدّعى الماتن (- ره-) هو الانفساخ

قوله طاب ثراه و يحتمل ضعيفا غيره

يعنى انّ عبارة (- س-) تحتمل ضعيفا عدم ارادة القول بما قال به من التفصيل نظرا إلى احتمال ارادته بالفسخ فسخ العقد الأوّل لمعنى مـا أوقعه المشترى و وجه ضـعف هـذا الاحتمـال انّ الإتيـان بكلمـة كلّه قرينـة على ارادته باسم الإشارة البيع و الهبـة و الوقف لكن قد عرفت انّ عبـارة (- س-) مع ذلـك غير دالّـة على مـا اختاره الماتن (- ره-) و الأقوى فى النّظر القاصـر هو تسـلّطه على فسـخ ما أوقعه المشترى حتّى العتق لانّ بنـاء العتق على التّغليب انّمـا هو حيث وقع على الملـك الّـذى لاـ مانع من عتقه و حقّ الغير مانع من ذلك (- فت-)

[المسألة السادسة فى أن للمشروط له إسقاط شرطه إذا كان قابلا للإسقاط]

قوله طاب ثراه لعموم ما تقدّم فى إسقاط الخيار و غيره من الحقوق

أشار بما تقدّم إلى ما أسـبقه فى خيار المجلس من التمسّـك بالقاعدة المسـلّمة من انّ لكلّ ذى حقّ إسـقاط حقّه لفحوى تسـلّط الناس على أموالهم فحقوقهم أولى بـأن يتسـلّطوا عليهـا و أقول ان تسـلّطهم على حقوقهم و قـدرتهم على إسـقاطها مسـلّم لكن نفس الأولوية المـذكورة ممـا يمكن المناقشـة فيه بان يقال انّ العلقـة فى المال لما كانت قويّـة كان لهم التصـرّف بأىّ نحو شاءوا و ذلك لا يسـتلزم تسلّطهم على حقوقهم التى المعلقة فيها أضعف من علقة المال (- فت-)

قوله طاب ثراه قال فى (- كرة-) الأقوى عندى انّ العتق المشروط اجتمع فيه حقوق (- اه-)

أقول فى كون العتق المشـروط حقّا لمن وجوه أحدها انّه حقّ للّه تعالى و هو المسـتظهر من الشـهيد (- ره-) فى (- س-) نظرا إلى أنّه غاية يتقرّب بها إلى اللّه (- تعالى-) فهو كالملتزم بنذر و شـبهه فى كونه عبادة ثانيها انّه حقّ للبائع اسـتقربه فى (- عد-) نظرا إلى تعلّق غرضه به و مسامحته فى الثمن لأجل هذا الشـرط ثالثها انّه حقّ للعبد احتمله فى (- لك-) و غيره نظرا إلى اسـتلزامه زوال الحجر عنه و تحريره و ملكه نفسه و تسـلّطه على تصـرّفات الأـحرار رابعهـا كونه حقّـا للجميع نظرا إلى انّه لاـ منافاة بين الحقوق فيجوز اجتماعها فيه لاجتماع أثارها فإنّ تعدّد الآثار و اللّوازم

ص: ۱۷۶

یدلّ علی تعدّد الملزومات و إلی هذا الوجه یمیل کلام (- لک-) و به جزم فی (- کرة-) و التحقیق ما ذکره الماتن (- قدّه-) ثمّ انّهم ذکروا موضعین مظهر ثمرة النّزاع الأوّل انّه بناء علی الأوّل لا یسقط بإسقاط البائع و لا العبد و علی الثانی یسقط بإسقاط البائع دون العبد و علی الثالث یسقط بإسقاط العبد دون البائع و علی الرّابع لا یسقط إلّا بإسقاط الجمیع الثّانی انّه علی الأول لا یکون للبائع و لا العبد مطالبة المشتری بالعتق إذا أخّر و علی الثانی فالمطالبة للبائع دون العبد و علی الثالث فالمطالبة للعبد دون البائع و علی الرّابع فلیس لأحدهما المطالبة لانّ من له بعض الحقّ لیس له مطالبة جمیعه و یمکن المناقشة فی الثمرتین بأنّ الإسقاط و المطالبة من آثار المالیّة و البیع و الاشتراط فلا یکون ذلک إلّا للبائع و إن کان لغیره أیضا حقّ من وجه أخر و لعلّه إلی ذلک أشار المحقّق الثّانی (- ره-) بقوله بعد عبارته فی (- مع صد-) المحکیة فی المتن و لما لم یکن للأوّلین تعلّق للمالیّة ساغ قطع النّظر فی البحث عن المسئلة عنهما لانّ البحث هنا انّما هو لأجل تحقّق ما یترتّب علی ذلک من أحکام المالیّة فحسن إطلاق کون الشرط حقّا للبائع انتهی و لعلّه بنی علی ذلک فی (- لک-) حیث انّه مع میله إلی کونه حقا للجمیع قال ان شرطت العتق مستثنی من الشروط القابلة لإسقاط مستحقّها انتهی فمنع من الإسقاط (- مط-) و إن کان یمکن المناقشة فیه بفقد ما یخصّص أدلّة تسلّط الناس علی حقوقهم کاموالهم و عدم کون شرط العتق عتقا کی یمکن تبدیله فتأمّل جیّدا

[المسألة السابعة فی عدم تقسیط الثمن علی الشرط]

قوله طاب ثراه و قد حکی عن (- ط-) (- اه-)

قلت حکی ذلک عن التبصرة و (- یر-) و اللّمعة و ظاهر غایة المراد (- أیضا-)

قوله طاب ثراه مضافا إلی فحوی الرّوایة الآتیة (- اه-)

قلت جمیع حجج القولین فی الصّورة الآتیة آتیة هنا حرفا بحرف

قوله طاب ثراه لانّ المبیع هو الموجود الخارجی (- اه-)

هذا الوجه قد ذکره فی الإیضاح بتقریر قریب من هذا و هو انّه جعل الثمن کلّه فی مقابل هذا العین الموجودة و کون کذا بقدرها من صفاتها و لیس ذلک عیبا لانّه لیس بخروج عن المجری الطّبیعی بل هو صفة کمال فاذا فقدت کان له الفسخ أو الإمضاء بالجمیع کما لو اشتری عبد أعلی انّه کاتب فخرج غیر کاتب و کسائر التّدلیسات

قوله طاب ثراه و الجواب انّ کونه من قبیل الشرط (- اه-)

قد یقرّر الجواب بوجه أخر و هو انه و إن کان بصورة الشّرط لکنّه فی الحقیقة من اجزاء المبیع علی الوجه الّذی تسمعه من صاحب الجواهر (- ره-)

قوله طاب ثراه (- فت-)

لعلّ التأمّل فی قضاء العرف بذلک هنا و الّا لحکم به فی سائر الشّروط المعتنی بها (- أیضا-)

قوله طاب ثراه و الأقوی فیه ما ذکر من التقسیط (- اه-)

ما قوّاه هو خیرة (- یة-) و (- ئر-) و (- یع-) و (- عد-) فی باب الصّرف و (- لف-) و (- شاد-) و ظاهر التنقیح و مجمع الفائدة و الرّیاض و ما تأخّر عنه و هو المحکی عن التبصرة و (- س-) و إیضاح (- فع-) و غیرها بل فی الإیضاح و (- لک-) و المهذّب البارع و محکی غایة المرام و غیرها انّ علیه الأکثر و فی الرّیاض انّه حکی الشهرة علیه جماعة

قوله طاب ثراه لما ذکر سابقا من قضاء العرف (- اه-)

قد وقع الاستدلال لهذا القول بوجوه هذا أحدها و توضیحه ما فی الجواهر من انّ المذکور و إن کان بصورة الوصف و الشرط اللّذین

لا يوزّع عليهما الأثمان لكنها اجزاء من المبيع حقيقة خارجيّة فيفوت بفواتها بعض المبيع (- ح-) فيثبت الخيار المزبور بتخلّف الوصف الّذى هو بعض من المبيع و بذلك افترق عن باقى الأوصاف الّتى لا ترجع إلى اجزاء من المبيع و كان الخيار فيها بتخلف الوصف بين الفسخ و القبول بتمام الثمن لكون الفائت ليس جزء مبيع يقابل شيئا من الثمن بل وصفه و ما نحن فيه ليس من ذلك قطعا بل هو لا ينقص عن وصف الصّحة الّذى يثبت الخيار بفقده بين الرد و القبول بالأرش الثّانى انّ المبيع معين مقدّر بقدر معيّن و لم يحصل ذلك القدر فيقسط الثّمن عليه و على الفائت ان اختار المشترى الإمضاء و له الفسخ لفوات بعض المبيع و هو لا يقصر من فوات وصف ذكر ذلك فى (- لك-) ثمّ أجاب بقوله و يشكل التقسيط بأنّ الفائت لا يعلم قسطه من الثمن لانّ المبيع مختلف الأجزاء فلا يمكن قسمته على عدد الجريان انتهى و فيه أوّلا منع عدم إمكان التّقسيط بل يرجع فى ذلك إلى أهل الخبرة فيقال كم قيمة الأرض بهذه الصفة و بهذا القدر و كم قيمة الموجودة فيؤخذ الموجودة و ينقص من الثمن التّفاوت كما هو واضح و ثانيا انّ اشكال التقسيط لا يقتضى إضراره بقبول الأقلّ بتمام الثمن فتأمّل الثّالث انّه وجده ناقصا فكان له أخذه بقسطه من الثمن كما لو اشترى الصّبرة على انها عشرة أقفزة فبان تسعة و كذا المعيب له إمساكه و أخذ أرشه و مرجع ذلك إلى إدراجه تحت عمومات خيار العيب الرّابع ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن محمّد بن على بن محبوب عن محمّد بن الحسين عن ذبيان عن موسى بن أكيل عن داود بن الحصين عن عمر بن حنظلة عن أبى عبد اللّه عليه السّلام فى رجل باع أرضا إلى أخر ما فى المتن مع زيادة كلمة ذلك قبل كلمة بحدوده و تبديل كلمة فليوفيه بكلمة فليؤخذ و زيادة قوله و عليه الوفاء بتمام المبيع بعد قوله و يكون البيع لازما عليه و السّند قوىّ بل موثق و بالعمل و ما مرّ من الاعتبار مؤيّد نعم اشتماله على ما تفرّد به الشيخ (- ره-) من التّتميم بالأرض الّتى إلى جنبها ربّما يوهنه الا انّ ترك الرّواية مع الوثوق بسندها لا وجه له بعد عدم قدح سقوط الذّيل فى الأخذ بالصّدر الخامس ما فى مفتاح الكرامة من انّ نقص الأجزاء ليس بأنقص من العيب إذ العائب جزء حقيقى فهو أولى بأن يكون له قسط من الثمن بخلاف العيب فإنّ الغائب لأجله ليس له قسط من الثمن مع انّه فى المعيب (- أيضا-) إنّما رضى بالثمن المعين و النصّ فى المقامين موجود بل لو لم يكن نصّ هنا لقضت الأولويّة العرفيّة التى هى حجّة عندهم بذلك هذا و فيه نظر

قوله طاب ثراه و لا بأس باشتماله على حكم مخالف للقواعد (- اه-)

أراد بهذا الحكم ما فى ذيل الرّواية من تتميم الأرض بما فى جنبها من الأرض الّتى للبائع على تقدير وجودها عنده و قد عمل بهذه الفقرة الشيخ (- ره-) كما ستسمع إنشاء اللّه تعالى

قوله طاب ثراه و زاد بعض هؤلاء ما فرّق به فى (- ط-) بين الصّورتين (- اه-)

جملة ما فرّق به فى (- ط-) مفعول زاد اى زاد بعض هؤلاء الاستدلال بما فرّق به فى (- ط-) (- اه-) و قد كان الأولى ابدال الباء فى قوله بأنّ الفائت بمن حتى تكون الجملة بيانا لما فرّق به فى (- ط-) و بدلا عنها و مفعولا لزاد و قد أراد بالبعض شيخ (- لك-) فإنّه هو الّذى ذكر هذا الوجه و ربّما قرّر بعضهم هذا الوجه بوجه أخر و هو انّ ما فات لا قسط له من الثمن لاستحالة تقسيط الثمن على الأجزاء أو القيم لعدم الفائت و عدم المماثل له فاستحال تقوّمه فاستحال ثبوت قسط له ففواته كفوات صفة كمال و هو كم و الكم عرض فكان كالتّدليس و فرق بينه و بين ما إذا باع عبدين فبان أحدهما مستحقّا لأنّ فى هذه لم يعلم المبيع و هو مجموع العبدين و هنا قد سلم المبيع و هو مجموع الأرض و انما فقد منها كونها بقدر الجريب الواحد عشر مرّات مثلا و هلا وصف يعدّ كمالا و لا يعدّ نقصه عيبا و ردّ بإمكان كون طريق التقويم بان هذه الأرض الشّخصيّة من غير زيادة عليها و نقيصة على فرض أنّها عشرة أذرع و لو للاشتباه فيها كذا و على فرض أنّها خمسة قيمتها كذا فينسب احدى القيمتين إلى الأخرى و يؤخذ من الثمن بنسبة فلا يحتاج (- ح-) إلى إضافة شيء إليها كى يستشكل بأنّه يستحيل تقويمه لعدم المماثل حتّى يجاب عنه

ص: ۱۷۷

بان الغالب فى الأرض التساوى فيفرض كونه مساويا لها مع انّه قد يستشكل بأنّه قد يفرض كونها مختلفة فيلزم كون الفائت مختلفا على نسبة اختلافها إذ الجميع كما ترى

قوله طاب ثراه الّا ان يدّعى استلزام ذلك جهالة ثمن المبيع (- اه-)

ربّما جعل بعضهم أداء التقسيط إلى جهالة الثمن فى الجملة و التفصيل دليلا مستقلّا و أجيب عنه بأنّه لا جهالة حال العقد بعد الإقدام منهما على مقابلتها بالثمن على انّها عشرة كما انّه لا يقدح الجهالة فى التقسيط بعد معلوميّة المقابلة فى الجملة و بأنّا إذا قسّمنا الثمن على القيمة فلا جهالة فى جملة و لا تفصيل على انّه وقع مثله كثيرا ليس إذا وجد عيبا و قد حدث عند عيب أخر أخذ أرشه فصار الثمن مجهولا ـ فى الجملة و التفصيل و عساك ان تقول بالفرق لأنّه فى المعيب وقع فى الابتداء على الجملة و صحّ بها و هنا يكون واقفا فى الابتداء و فيه على تقدير تسليمه و ما كاد ليكون انه لا يتمّ فيما إذا باع عشرة أذرع مشاعة بينه و بين غيره و لم يجز شريكه إلى غير ذلك و تجشّم جعل هذا من باب الصّفة حتى تكون الأرض موصوفة بكونها قدر الجريب الواحد عشر مرات حتّى يكون كالتدليس ممّا لا ينبغى إذ ما من شيء الّا و يمكن ان يتجشّم له صفة مثل هذه الصّفة كما نبّه على ذلك فى مفتاح الكرامة

قوله طاب ثراه ثمّ انّ المحكى عن الشيخ (- ره-) العمل بذيل الرّواية المذكورة

قال فى (- يه-) و ان كان للبائع أرض بجنب تلك الأرض وجب عليه ان يوفيه تمام ما باعه إيّاه انتهى و افتى الأكثر كما فى الإيضاح بخلاف ذلك و انّه ليس للمشترى الأخذ من الأرض الّتى يجنبها و الّذى يظهر لى هو العمل بالرواية لقوّة سندها و تماميّة دلالتها و عدم تبيّن اعراضهم عنها و عدم عملهم بالذّيل كما حكاه القطيفى فى محكى إيضاح (- فع-) أعمّ من الأعراض و ما فى مفتاح الكرامة من انّه لا جابر لها فى خصوص ذلك كما ترى لعدم كونها ضعيفة حتّى يحتاج إلى الجابر و ذلك انّ الصّدوق (- ره-) رواها فى الفقيه بإسناده عن عمر بن حنظلة و قد قال فى أخر الكتاب انّ ما كان فيه عن عمر بن حنظلة فقد رويته عن الحسين بن احمد بن إدريس (- ره-) عن أبيه عن محمّد بن احمد بن يحيى عن محمّد بن عيسى عن صفوان بن يحيى عن داود بن الحصين عن عمر بن حنظلة انتهى و أقول امّا محمّد بن احمد بن يحيى و محمّد بن عيسى و صفوان فحالهم فى الجلالة أظهر من ان يحتاج إلى البيان و امّا عمر بن حنظلة فقد وثّقه الشهيد (- ره-) و كفى به موثقا و امّا داود فقد وثقه النّجاشى و غيره مضافا إلى كون الراوى عنهما صفوان المجمع على تصحيح ما يصحّ عنه و امّا أحمد بن إدريس الأشعرى فقد وثّقه جماعة منهم النجاشي و امّا الحسين بن احمد بن إدريس فقد قامت شواهد على وثاقته منها كونه من مشايخ اجازة الصّدوق (- ره-) و منها ترضيه عليه كما ذكره حتّى قال بعض الأجلّاء انّه ترحّم عليه عند ذكره أزيد من ألف مرّة و منها رواية مثل الصّدوق (- ره-) عنه بل ربّما احتمل الميرزا محمّد فى رجاله كونه المراد بالحسين فى قول العلّامة (- ره-) فى (- الروضة-) الحسين الأشعرى القمى أبو عبد اللّه ثقة انتهى و بالجملة فالخبر المذكور ان لم يكن من الصّحيح موضوعا فلا ريب فى كونه منه حكما فلا عذر فى تركه و امّا المناقشة فى دلالته بتنزيل ما فى ذيله على كون المبيع عشرة أجر؟؟؟ كليّة مع تقارب الأرض ظنا منهما كون هذه الأرض المحدودة الطرفين من مصاديقها فلمّا مسحا تبيّن عدمه فعليه اضافة ما يجعلها من مضايقها أو على كون العشرة المبيعة مبدئها من هذا المكان ظنّا منهما انتهائها إلى كذا أو بالعكس فلمّا تبيّن لهما العدم فعليه الإضافة مع الإمكان و الّا فله خيار التبعّض فساقطة جدّا لإباء ظاهر الرّواية عن التنزيلين جميعا و الظّواهر لا ترفع اليد عنها إلّا بقرينة ظاهرة هى فى المقام مفقودة تنبيهان الأوّل انّه على القول الأوّل لو لم يعلم للبائع بالنّقصان فهل يثبت له (- أيضا-) الخيار احتمله فى (- لف-) و المهذّب البارع و (- لك-) و غيرها بل عن (- ير-) انه حكاه قولا ـ و قوّاه نظرا إلى انّ البائع لم يرض الّا يبيعها بالثّمن اجمع و لم يسلم له لكن فى ثبوت الخيار بذلك نظرا (- فت-) و على تقدير الثبوت هل يسقط ببذل المشترى جميع الثمن جزم به فى التحرير و (- لف-) و المهذّب البارع و غيرها لحصول ما رضى به و احتمل فى (- لك-) العدم لثبوت الخيار فلا يزول بذلك كالغبن لو بذل الغابن التفاوت و فيه وضوح الفرق بين خيار الغبن و المقام لانّ خيار الغبن ثبت بالنّص فيستصحب عند الشك الناشى من بذل

التفاوت بخلاف المقام الّذى يرتفع بالبذل نفس دليل الخيار الثانى انّه صرّح فى (- يع-) و غيره بجريان حكم الأرض فى كلّ ما يختلف اجزائه و هو انّما يتمّ بناء على موافقة ما تضمّنه النص للقاعدة و امّا على مخالفته لها فيلزم الاقتصار على مورد النص

قوله طاب ثراه الثالث ان يتبيّن الزيادة عمّا شرط (- اه-)

أراد بذلك تبيّن الزيادة فى متساوى الأجزاء و فيه وجوه أحدها ان الزّيادة للبائع و لا خيار للمشترى و قد صرّح به جماعة و صرّح بكون الزّيادة للبائع فى (- ط-) و (- شاد-) و التنقيح و غيرها و نفى الشكّ فيه فى مجمع الفائدة و نفى الكلام فيه فى التنقيح و لعلّ الوجه فى ذلك تقدّم الوصف على الإشارة مع أصالة اللّزوم مضافا إلى انقسام الثمن على اجزاء الطّعام لتساويها ثانيها ثبوت الخيار للبائع فى الفسخ و الإمضاء بجميع الثمن و ليس له شىء من الزيادة و هو الّذى استقرّ عليه رأى العلّامة (- ره-) فى مبحث الشروط من (- عد-) و صحّحه ولده فى محكى شرح (- شاد-) و قوّاه فى الإيضاح و ظاهر (- كرة-) و مجمع الفائدة اختياره بل فى الثانى انّه ظاهر القوانين الشرعية و علّل بانّ المبيع هو العين الشخصيّة الموصوفة بكونها مقدارا مخصوصا بالثمن المعيّن و فوات الوصف لا يخرج الجميع عن كونها مبيعا فيتخيّر البائع لفوات الوصف بين الفسخ و الإجارة بالثمن ثالثها كون الزيادة للبائع و تخير المشترى بين الفسخ و الرّضا بالمبيع للشركة الّتى هى عيب عندهم و لم يدخل على الرّضا بها و لتبعّض الصّفقة و هو خيرة التبصرة و (- س-) فى موضع منه و فى (- مع صد-) انّه ينبغى الجزم به رابعها صحّة البيع و تخيّر البائع بين تسليم المبيع زائدا و بين تسليم القدر المشروط فإن رضى بالجميع فلا خيار للمشترى لأنّه زاد خيرا و ان اختار تسليم القدر المشروط تخيّر المشترى بين الفسخ و بين الأخذ بجميع الثمن المسمّى فإن رضى بالأخذ فالبائع شريك له استقربه فى (- لف-) ثمّ احتمل تخيّره لتضرّره بالشركة و عدمه لأنّه رضى ببيع الجميع بهذا الثمن فاذا وصل اليه الثمن فى البعض كان اولى و لانّ الضّرر حصل بتقريره خامسها ما فى المتن من التفصيل و هو أجود الأقوال

قوله طاب ثراه و حكمه يعلم ممّا ذكرنا (- اه-)

توضيحه انّهم ذكروا فى تبيّن الزيادة فى مختلف الأجزاء وجوها بل أقوالا أحدها ثبوت الخيار للبائع بين الفسخ و الإمضاء بالثمن افتى به جمع منهم القاضى و ابن حمزة و المحقّق فى (- يع-) استنادا إلى انّ المبيع هو العين المشخصة موصوفة بكونها مقدارا مخصوصا بالثمن المعيّن و فوات الوصف لا يخرج الجميع عن كونه مبيعا نعم يتخيّر البائع لفوات الوصف بين الفسخ و الإجارة بالثمن و قد يقرّر وجهه بعدم موجب التقسيط هنا ضرورة اختصاص إيجاب التبعيض ذلك بالمشترى فلم يبق إلّا جهة تخلّف الوصف الموجب ضررا على البائع لو كان البيع لازما قبلت له الخيار بالطريق المذكور و إلزام المشترى هنا بإعطاء ما يخصّ الزّيادة على نسبة الثمن أو تخيّره بين ذلك و بين الفسخ ممّا لا دليل عليه و الأصل براءة ذمته من ذلك ثانيها

ص: ۱۷۸

بطلان البيع من رأس احتمله جماعة منهم الشيخ (- ره-) في (- ط-) و العلّامة في (- عد-) بل عن العلّامة (- ره-) فی التبصرة اختيار ذلك و علّل بوجوه فمنها جهالة المبيع لأنّ الزّيادة غير معيّنة و منها ان المبيع ذلك الموصوف بالوصف المنتفی فيكون منتفيا و منها ما فی التنقيح من انّه صحته تستلزم إجبار البائع على تسليم جملة المبيع لو امتنع و اللازم باطل لأنّ الزّائد ملكه و لا إجبار على تسليم ملكه فيبطل الملزوم و هو صحّة البيع و منها انّ البائع لم يقصد بيع الزّيادة و المشترى لم يقصد شراء البعض ثالثها التفصيل المتقدّم حكايته فی الصّورة السّابقة عن العلّامة (- ره-) فی (- لف-) و أقول امّا احتمال البطلان من رأس فساقط رأسا لسقوط الوجوه المستدلّ بها له امّا الأوّل فلوضوح انّ عدم معلوميّة الزيادة غير قادح بعد كفاية المشاهدة فی مختلف الأجزاء كالأرض و الثوب و كون المبيع هو العين المشاهدة غاية ما هناك زيادة توصيف لا يوجب فقده الّا الخيار و قد يقال انّ المبيع بحسب الصّورة هو المجموع و قد تجدّد كون الزائد ليس منه بعد الحكم بصحّة العقد (- فت-) و امّا الثّانی فلان لازمه هو بطلان البيع بتخلّف الوصف و ذلك ممّا لا يلتزم به احد حتّى المستدلّ فی غير الفرض و امّا الثالث فمصادرة لأنّ كون الزائد ملكه عين المتنازع و امّا الرابع فلمّا ذكر فی ردّ الثانی و امّا القول الأوّل المفتى به فی (- ط-) و الوسيلة و (- يع-) و (- كرة-) و (- شاد-) و محكی التنقيح و (- مع صد-) و (- لك-) و غيرها فلا بأس به لكن لا على إطلاقه بل الوجه ان يقال انّ الصّحة لا ريب فيها لانّ العقد قد جرى على المجموع مشارا إليه غاية ما هناك انّه قدّره بقدر معيّن فزاد عليه و لا دليل على قدح الزيادة فی الصّحة و الأصل مع الشك محكّم غاية ما هناك إيجاب الزيادة الخيار لكن لا (- مط-) بل إن كان مع عدم العلم بالزّيادة حال البيع و الّا كان هو الّذی أدخل الضّرر على نفسه و توهّم كون المسئلة ما إذا باعه قطنا فبان انه كان فيبطل البيع مدفوع بأنه على فرض تسليم الحكم فی المقيس عليه فهو فی المقيس ممنوع للفرق بين ما يخرج على خلاف الجنس و غيره امّا القول الثالث فلا يخلو (- أيضا-) من وجه إذ كما ان تضرّر المشترى بأخذ الناقص فی الصّورة الثانية أوجب خياره فكذا تضرّر البائع هنا بدفع الزائد يوجبه فتأمّل جيّدا ثمّ تنبّه لأمرين الأوّل انّه قد يناقش فيما صدر من جمع منهم المحقّق (- ره-) فی (- يع-) من القول بثبوت الخيار للمشترى بين الفسخ و الإمضاء ببعض الثمن فی طرف النقيصة و ثبوت الخيار للبائع بين الإمضاء بتمام الثمن و المثمن و بين الفسخ فی طرف الزّيادة بأنّ لازم إيجابهم التقسيط هناك هو إيجاب تبعيض الثمن هنا و يجاب باجتماع الحيثيتين هناك دون الفرض لكن قد يناقش بأنّه و إن كان التبعيض لا يوجب تقسيطا بالنّسبة إلى البائع الّا انّ مقتضاه كون الزّيادة للبائع كما صرّح به بعضهم و احتمله أخر و لا يكون له خيار (- ح-) و احتماله للتضرّر بعيب الشركة يدفعه أوّلا انّه هو الّذی غرّ نفسه و ثانيا عدم الضّرر عليه بعد إن كان قادما على مقابلة الجميع بالثمن فظهور الشركة فی الحقيقة نفع لا ضرر عليه و التسلّط بمثله على الخيار محلّ شكّ بل منع لأصالة اللّزوم نعم لا بأس بالنسبة إلى المشترى (- ح-) لأنّه أقدم على كون الجميع له فظهور الشركة عيب بالنّسبة إليه فلا ريب (- ح-) فی ضعف الاحتمال المذكور و أضعف منه حمل عبارة (- يع-) و نحوها عليه ضرورة ظهوره فی كون متعلّق الخيار مجموع الأرض بجميع الثمن فالتحقيق كون الزّيادة و النّقيصة من واد واحد و الظاهر انّه من تخلّف الوصف فيهما لانّ المفروض كون المبيع عينا مشخّصة محدودة غير قابلة للزيادة و النقيصة الّا انه وصفها البائع بمقدار مخصوص و أخذها المشترى على ذلك فتخلّف فحصل الضّرر منه على البائع أو المشترى فيثبت الخيار فليس فی الحقيقة فواته مفوّتا لجزء من المبيع لما عرفت من انه محدّد مشخص غير قابل للزّيادة و النّقيصة كما نبّه على ذلك فی الجواهر الثّانی انّه لو قال المشترى للبائع لا تفسخ فإنی أقنع بالقدر المشروط و الزيادة لك ففی سقوط خيار البائع وجهان من انّه إذا ثبت استصحب و من انتفاء سبب الخيار و هو الضّرر و هذا أقرب و امّا لو قال لا تفسخ حتى أزيدك فی الثمن لما زاد ففی (- كرة-) انّه لا يكون له ذلك و لا يسقط به خيار البائع قولا واحدا قلت الأظهر جريان الوجهين

هنا (- أيضا-) فتدبّر

القول فی حکم الشرط الفاسد

قوله طاب ثراه کاشتراطه بیع المبیع من البائع (– اه–)

هذا مبنیّ علی ما أشار إلیه من الدّور و قد مرّ منّا عند الکلام فی الشرط السابع بیان سقوطه

قوله طاب ثراه حکی أوّلهما عن الشیخ و الإسکافی (– اه–)

الظاهر انّ التعبیر بالأوّل هنا و بالثانی بعد ذلک سهو من قلمه الشریف ضرورة انّ خیرة الشیخ (– ره–) فی (– ط–) و ابن سعید فی محکی الجامع و القاضی هو القول بعدم الإفساد دون الإفساد و حکاه فی (– لف–) عن الإسکافی و کذا خیرة العلّامة و الشّهیدین و الکرکی و اتباعهم هو القول بالإفساد دون عدم الإفساد فإنّ صریح (– عد–) و (– لف–) و (– کرة–) و (– شاد–) و اللّمعتین و (– مع صد–) و (– لک–) هو القول الأوّل دون الثّانی و هی أی الإفساد خیرة مجمع الفائدة و الکفایة و محکی شرح (– شاد–) للفخر و (– س–) و المهذّب البارع و تعلیق (– شاد–) و (– فع–) و المیسیّة و حواشی الشهید (– ره–) و غیرها بل فی الفوائد انّ علیه الأکثر و فی خیارات الغرویّ و غیره انّه المشهور شهرة محصّلة بین المتأخّرین بل کاد ان یکون إجماعیّا عندهم و منقولة علی لسان بعض الفحول انتهی

قوله طاب ثراه لعموم الأدلّة (– اه–)

أراد بذلک عمومات العقود و الشّروط و التّجارة و البیع

قوله طاب ثراه عدی وجوه أحدها ما ذکره فی (– ط–) (– اه–)

هناک وجوه أخر لم یتعرّض لها الماتن (– ره–) أحدها ما فی التنقیح من ان قضیّة الشّرط انّه إذا أبطل بطل المشروط به و الّا لم یکن شرطا و أنت خبیر بأنّه وهم نشأ من ارتکاز مصطلح الأصولیّین فی ذهنه من انّ الشّرط ما یلزم من عدمه العدم و قد نبّهنا فی مقدّمات المبحث علی انّه اصطلاح خاصّ لا یحمل علیه اللّفظ فی الخطابات و انّ الشّرط هنا هو الإلزام و الالتزام الثّانی ما فی الإیضاح من انعدام المشروط بعدم شرطه لعدم استلزام الشرط المشروط فی الوجود فلو لم یستلزم عدمه عدمه لجاز کون کلّ شیء شرطا لغیره و هو محال و أنت خبیر بأنه نظیر سابقه فجوابه جوابه و ربّما أجاب عنه فی الإیضاح بقوله و التحقیق انّ هذه الشروط شروط بالمجاز لأنها تابعة للعقد و العقد سبب فیها فلا یعقل کونها شرطا له و الّا لدار بل هی صفات للبیع تختلف الأغراض باختلافها و لا یعدّ فقدها عیبا انتهی و للمحقّق الثانی (– ره–) فی (– مع صد–) اعتراض علیه ینبغی ملاحظته و ملاحظة ما ردّ به الاعتراض فی الجواهر الثّالث ما فی العوائد من انّ العقود تابعة للقصود و المقصود هو الأمر المرکّب من الشرط و غیره فاذا بطل الشرط بطل المقصود لانتفاء الکلّ بانتفاء جزئه قال التّفصیل انّ ترتّب الأثر علی کلّ عقد یتوقف علی قصد إنشاء هذا الأثر بسببه

ص: ۱۷۹

و إیجاده منه فما لم یقصد ذلک لم یترتّب علیه ذلک الأثر فإن کلّ اثر فاسد قصد من العقد لا یترتّب علیه و یقع العقد فاسدا و علی هذا فالعقد المتضمّن للشرط الفاسد إذا صدر من شخص فالظاهر أنّ الأثر الّذی قصد إنشائه منه هو المرکّب من التزام هذا الشرط الفاسد فیفسد بفساد جزئه و قصد الجزء الصّحیح فی ضمنه غیر کاف لانّ قصد الکلّ لا یکفی فی قصد الجزء فاذا لم یکن الجزء مقصودا منفردا لم یترتّب علیه حکم و إنشاء الأثر المجرّد عن هذا الالتزام غیر ظاهر و الأصل یقتضی عدم ترتّب الأثر فقصد إنشاء الأثر الصّحیح الّذی هو المتوقّف علیه فی الصّحة غیر معلوم و ظهور الهیئة الترکیبیّة للصّیغة و هی المتضمّنة للشرط فی قصد الأثر الصّحیح و هو المجرّد من التزام هذا الشّرط غیر ظاهر ان لم یکن فی خلافه ظاهرا فتحقّق السّبب لحصول الأثر غیر ثابت لیکون العقد فاسدا لأصالة عدم ترتّب الأثر بل لا یبعد الحکم بالفساد و ان علم قصد إنشاء الأثر المجرّد من التزام هذا الشّرط لانّ تلک الهیئة ظاهرة فی قصد إنشاء المرکّب و کون مثلها مؤثّرة فی حصول جزء المرکّب بمجرّد قصده غیر معلوم هذا کلامه بطوله و ما مرّ فی جواب الوجه الثانی کاف فی ردّه و تلخیص الجواب انّ الحکم بصحّة عقد النّکاح مع فساد شرطه یقتضی صحّة کلّ عقد بفساد شرطه لا لانّ الحکم بالصّحة یرجع الی الحکم بان قاصد العقد المقیّد قاصد للمطلق کی یمنع بدلالة الوجدان علی خلافه بل لکشف ذلک عن کفایة القصد الی العقد المقیّد فی صحّة العقد مع فساد شرطه و بعبارة أخری یدلّ علی انّ هذا المقدار و هذا النحو من العقد کاف و لیس قابلا للاختلاف باختلاف العقود کما لا یخفی و من هنا ظهر سقوط ما فی العناوین من تقریر الدّلیل بانّ العقد تابع للقصد و انّ الشرط المأخوذ فی ضمن العقد بمنزلة الجزء من العوضین و قیّد به العوضان تعلّق القصد بالمقیّد و انّ المراد بالشرط الواقع فی ضمن العقد ربط المعاملة به لا التزام خارجی لنفسه فمتی تحقق الرّبط و فسد الشرط فما وقع علیه القصد من المرکب لم یقع و المطلق لم یتعلّق به القصد فلا وجه لوقوعه و لیس العقد دالّا علی وقوع المعاملة و ان انتفی الشرط بل هو دالّ علی عدمه بدونه الرّابع أصالة عدم ترتّب الأثر علی القصد الفاسد شرطه و عدم انتقال العوضین من مالکهما الأوّل و فیه انّه لا مجری للأصل فی قبال العموم

قوله طاب ثراه الثانی انّ التّراضی انّما وقع (- اه-)

لا یخفی أنّه الی هذا الوجه یرجع ما فی (- لف-) من انّ البائع إنّما رضی بنقل سلعته بهذا الثمن المعیّن علی تقدیر سلامة الشرط له و کذا المشتری إنّما رضی ببذل هذا الثمن فی مقابلة العین علی تقدیر سلامة الشرط له فاذا لم یسلم لکلّ منهما ما شرط له کان البیع باطلا لانّه یکون تجارة عن غیر تراض

قوله طاب ثراه فان العرف یحکم فی هذه الموارد یکون الفاقد نفس المطلوب

ربّما زعم بعض الطلبة الغلط فی العبارة و ان حقها لا یحکم بدل یحکم و هو اشتباه فانّ المراد بالفاقد هو الفاقد للوصف و کونه نفس المطلوب هو الذی یقتضیه سوق الکلام لا عدم کونه المطلوب

قوله طاب ثراه الثالث روایة عبد الملک (- اه-)

هذه الرّوایة صحیحة لأنّه رواها الشیخ (- ره-) بإسناده عن احمد بن محمّد بن عیسی عن علیّ بن الحکم عن عبد الملک و رجاله ثقاة و متنه علی ما فی نسخة مصحّحة من الوافی کما فی المتن و لکن فی نسخة الوسائل أبدل قوله و کیف یستقیم و حدّ ذلک بقوله کیف یستقیم وجه ذلک فجعل الواو جزء الکلمة و أبدل الحاء المهملة بالجیم المعجمة و الدّال المهملة بالهاء و علی ایّ حال فلم افهم وجه الاستدلال بالرّوایة بل هی أجنبیّة عن الفرض رأسا ضرورة انّه علی فرض کون المراد بلا ینبغی الحرمة فغایة ما تدلّ علیه الرّوایة (- ح-) هی حرمة البیع المذکور و این ذلک من فساده فإنّ النّهی فی المعاملات لا یوجب الفساد و لو تنزّلنا عن ذلک و سلّمنا انفهام الفساد منها بدعوی کون النّهی فیها للإرشاد إلی الفساد نقول انّ فساد هذا الفرض بخصوصه انّما هو للرّوایة بناء علی تمامیّة دلالتها و قد أفاد الماتن (- ره-) و غیره من الأساطین انّ محلّ النزاع و البحث انّما هو ما إذا لم یکن هناک دلیل تعبّدی من نصّ أو إجماع علی فساد عقد بفساد شرط خاص فلا یمکن التمسّک بالرّوایة بناء علی تمامیّتها علی الکلیة

قوله طاب ثراه و روایة الحسین بن منذر (- اه-)

قد رواها ثقة الإسلام (- ره-) عن عدّة من أصحابه عن احمد بن محمّد بن عیسی عن ابن ابی عمیر عن حفص بن سوقة عن حسین بن منذر و السّند من الحسن

قوله طاب ثراه فیطلب منی العینة (- اه-)

قد وقع الخلاف فی تفسیر اللفظة و حیث انّ الماتن (- ره-) أورد الروایة فی المسئلة الأخیرة من مبحث النّقد و النّسیئة و هی مسئلة جواز بیع العین الشخصیّة المشتراة بثمن مؤجّل من بایعه و غیره قبل حلول الأجل و بعده و کان الاستدلال بها هناک موقوفا علی فهم معنی لفظة العینة دون المقام کانت احالة بیان معناه الی هناک انسب فراجع ما هناک ان شئت العثور علی معنی اللفظة

قوله طاب ثراه و روایة علیّ بن جعفر (- اه-)

قد رواها (- رض-) فی کتابه و رواها الحمیری فی محکی قرب الإسناد عن عبد اللّه الحسن عن جدّه علیّ بن جعفر عن أخیه موسی بن جعفر علیهما السّلام قال سالت عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم ثمّ اشتراه بخمسة دراهم ا یحلّ قال إذا لم یشترطا و رضیا فلا بأس

قوله طاب ثراه فلعلّ البطلان فیه للزوم الدّور کما ذکره العلّامة (- اه-)

هذه العبارة لا تخلو من مسامحة لأنّ کلامه فی فساد العقد بمطلق الشرط الفاسد و العلّامة لم ینکر الدّور فی الشرط المحال مثل اشتراط بیع المبیع فی ضمن العقد و قوله بل التحقیق (- اه-) أیضا ارجع الکلام بذلک مع انّ المبحث أعمّ من ذلک و ما ذکره من التحقیق منظور فیه لما مرّ من تقویة صحّة اشتراط بیع المبیع و سقوط الدّور و عدم قصد البیع المستدلّ بهما لفساده فلا تذهل

قوله طاب ثراه ما عن المشایخ الثلاثة عن الحلبی (- اه-)

طرقهم إلی الحلبی صحاح و المراد بالحلبی هو عبید اللّه بن علی الحلبی و المتن فی الکتب الثلاثة متقارب مفادا و الدّلالة فی غایة الظهور حیث انّه صلوات اللّه علیه و آله صحّح البیع و العتق و أبطل الشرط فدلّ علی انّ الشرط الفاسد المخالف للکتاب و السّنة لا یفسد العقد و هو المطلوب

قوله طاب ثراه و حملها علی الشرط الخارج (- اه-)

و أوضح من هذا الحمل سقوطا ما قد یحتمل من حملها علی التقیّة من حیث ذهاب العامة إلی بطلان الشرط مطلقا مع صحّة العقد فإنّه فی غایة السّخافة سیّما بعد استفاضة الروایة بین الخاصّة و العامّة و وقوع الخلاف عندهم (- أیضا-) فی ذلک حتّی انّه من ظریف ما یحکی عن محمد بن سلیمان الدّهلی قال حدّثنا عبد الوارث بن سعید قال دخلت مکّة زادها اللّه شرفا فرأیت فیها ثلثة کوفیّین أحدهم أبو حنیفة و ابن لیلی و ابن شبرمة فصرت الی ابی حنیفة فقلت ما تقول فیمن باع بیعا و شرط شرطا فقال البیع فاسد و الشّرط فاسد فأتیت ابن ابی لیلی فسألته فقال البیع جائز فأتیت ابن شبرمة فسألته فقال البیع و الشرط جائزان فرجعت الی ابی حنیفة فقلت له انّ صاحبیک قد خالفاک فقال لست ادری ما قالا حدّثنی عمر بن شعیب عن أبیه عن جدّه انّ النّبی صلّی اللّه علیه و آله نهی عن بیع و شرط فأتیت ابن ابی لیلی فقلت انّ صاحبیک قد خالفاک فقال ما ادری ما قالا حدّثنی هشام بن عروة عن أبیه عن عائشة انّها قالت لما اشتریت بریرة جاریتی شرط علیّ موالیها أن أجعل ولائها لهم إذا أعتقتها فجاء النّبی صلّی اللّه علیه و آله و قال الولاء لمن أعتق فأجاز البیع

ص: ۱۸۰

الشرط فأتيت ابن شبرمة فقلت انّ صاحبيك قد خالفاك قال لست ادرى ما قالا حدّثنى مشعر بن محارب بن زياد عن جابر بن عبد اللّه قال ابتاع النبى صلّى اللّه عليه و آله منّى بعيرا بمكّة فلما نقّدنى الثمن شرطت أن يحملنى إلى المدينة فأجاز النّبى (- ص-) البيع و الشرط هذا فقد ظهر حجّية الصّحيح المذكور كالصحيح الذى رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن ابى على الأشعرى عن محمّد بن عبد الجبّار عن صفوان عن عيص بن القاسم عن ابى عبد اللّه عليه السّلام قال قالت عائشة لرسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله انّ أهل بريرة اشترطوا ولائها فقال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله الولاء لمن أعتق و بذلك كلّه ظهر سقوط ما فى (- لف-) من ردّ استدلال الشيخ (- ره-) بقضيّة بريرة بالطّعن فى السّند و إيراد متن طويل ينافى متن الصّحيح المذكور و الظاهر انه (- قدّه-) لم يعثر على الصحيحين المزبورين

قوله طاب ثراه الأولى عن أحدهما (- اه-)

أراد بالأولى مرسلة جميل و الّذى وجدته انّ خبر جميل مسند غير مرسل و سنده حسن كالصّحيح لأنه رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن علىّ بن إسماعيل الميثمى عن ابن ابى عمير و علىّ بن حديد جميعا عن جميل بن درّاج عن أحدهما عليه السّلام

قوله طاب ثراه و الثانية عن أبى عبد اللّه عليه السّلام (- اه-)

أراد بالثانية صحيح الحلبى و قد رواها ثقة الإسلام (- ره-) عن علىّ بن إبراهيم عن أبيه عن ابن ابى عمير عن حمّاد عن الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السّلام و السّند صحيح على المختار حسن على المشهور من عدم صحّة إبراهيم و لعلّ وصف الماتن (- ره-) للرواية بالصّحة لاختياره ما اخترناه من صحّة إبراهيم أو لعثوره على سند أخر صحيح غير هذا

قوله طاب ثراه و يؤيّده ما ورد فى بطلان الشروط الفاسدة فى ضمن عقد النكاح (- اه-)

حيث نطقت بفساد الشّروط و صحّة النّكاح مثل الأخبار النّاطقة بفساد اشتراط وقوع الطّلاق قهرا عليه على الزّوجة ان تزوّج عليها أو تسرّى مثل خبر محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام فى رجل تزوّج أمرية و شرط لها ان هو تزوّج عليها أمرية أو هجرها أو اتّخذ عليها سيرته فهى طالق فقضى فى ذلك انّ شرط اللّه قبل شرطكم فان شاء و فى لها بما شرط و ان شاء أمسكها و اتّخذ عليها و نكح عليها و مثل صحيحة محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام انّه قضى فى رجل تزوّج أمرية و أصدقته هى و اشترطت عليه ان بيدها الجماع و الطّلاق قال خالفت السّنة و ولّيت حقّا ليست بأهله فقضى انّ عليه الصّداق و بيده الجماع و الطلاق و ذلك السّنة الى غير ذلك مما يقف عليه المتّبع فى اخبار شروط النّكاح و وجه الاستدلال بهذه الأخبار مع ان موردها النكاح انه لا ريب و لا إشكال فى مساواة النكاح لغيره من العقود فى وصف العقديّة المقتضى للتبعيّة للقصد فاذا ثبت عدم إفساد الشرط فى النكاح كان المستفاد من دليل ذلك كفاية القصد الى المقيّد فى القصد الى المطلق فى تحقّق عنوان العقد فلو كان تعذّر الخصوصيّة موجبا لبطلان ما وقع عليه التراضى على النحو الخاصّ لكان اللّازم اقتضاء التعذّر فى النكاح (- أيضا-) البطلان فاذا صحّ فى النّكاح صحّ فى غيره لاتّحاد الطريق كما لا يخفى على كلّ متأمّل منصف و من هنا ظهر سقوط ما فى خيارات الفقيه الغروىّ (- قدّه-) من الجواب عن الأخبار المذكورة تارة بأنّه ليس فيها ما يقضى بالعموم بحيث يجعل ذلك قاعدة فيها و أقصى ما فى الباب انّه قد وردت الأخبار فيه فى خصوص بعض الشروط فيقتصر فى ذلك على موردها و اخرى بأنّ باب النّكاح (- مط-) خرج بالدليل فيكون من باب الأسباب و مستثنى من تبعيّة العقود للقصود فانّ فيه انّه حيث ثبت عدم الإفساد فى خصوص شرطا و فى خصوص باب النّكاح كفى فى إثبات الكليّة بعد كون المدار على حصول عنوان العقد فى الجميع و لعلّه بالنّظر الى ما ذكره (- قدّه-) عدّها الماتن (- ره-) مؤيّدا لا دليلا لكنّه كما ترى

قوله طاب ثراه و قد يستدلّ على الصّحة (- اه-)

قد يستدلّ بوجوه أخر أحدها الإجماع تمسّك به فى الغنية و هو كما ترى الثانى أصالة الصّحة فى العقود و ردّ بالانقطاع بما مرّ من الأدلّة الدالّة على الفساد و المعارضة بأصالة عدم الانتقال و فيه انّه لم يتمّ شىء من الأدلّة كى ينقطع به الأصل و أصالة عدم الانتقال لا

تعارض أصالة الصّحة لأنّ الشکّ فی الانتقال ناش من الشک فی صحّة العقد فإذا اجری أصالة الصّحة الّتی هی هنا أصل سببی سقط أصالة عدم الانتقال الّتی هی مسببیّة الثّالث انّ التراضی قد تعلّق بکل من العقد و الشرط فاذا امتنع أحدهما بقی الأخر لأنّ مدخلیّة الشرط فی التراضی لا تزید علی مدخلیّة الثمن و المثمن و أوصافهما فاذا لم یبطل العقد بظهور بعض الثمن أو المثمن مستحقّا أو تعذّر بعض أحدهما أو انکشف فقد بعض الصّفات المأخوذة فی البیع کالکتابة و الصّحة فکذا لا یبطل بفساد الشرط ضرورة انّ القصد الی العقد لو کان منتفیا بفوات بعض قیود متعلّق الرّضا کان اللازم فواته بفوات شیء من ذوات الثمن و المثمن و اوصافهما

قوله طاب ثراه و فیه ما لا یخفی (- اه-)

بیانه انّ الدور معی کما فی الصّلوة و اجزائها فإنّ مجموع الصّلوة متوقفة علی اجزائها من حیث الصّحة و اجزائها من حیث الصّحة متوقفة علی مجموعها و ربّما أجاب فی المهذّب البارع عن الدور بان تسویغ الشّرط لیس بشرط فی الحقیقة لصحّة العقد حتّی یلزم الدّور بل هی صفات للبیع فما کان منها سائغا داخلا تحت القدرة لزم باشتراطه فی العقد کما لو شرط صفة کمال فی المبیع و ان لم یکن سائغا بطل العقد لا من حیث فوات شرطه بل من حیث وقوع الرّضا علیه و شروط الصّحة انّما هی المذکورة فی أوّل الکتاب مثل کمال المتعاقدین و کون المبیع ممّا ینتفع به معلوما فهذه شروط الصّحة فیبطل العقد بفقد أحدها بخلاف هذه الشروط فلا دور و لم افهم معنی کلامه فتأمّل

قوله طاب ثراه و الإنصاف أنّ المسئلة فی غایة الإشکال (- اه-)

الحقّ انّ القول بعدم إفساد الشرط الفاسد المتنازع فیه للعقد فی غایة الوجاهة و الظهور و لا اشکال فیه بوجه لما عرفت

قوله طاب ثراه مع جهله بفساد الشرط (- اه-)

التقیید به للاحتراز عن صورة العلم فانّ الفقیه الغرویّ (- ره-) احتمل الثبوت حتی فی صورة العلم نظرا إلی انّه انّما رضی بالعقد مع الشّرط فإلزامه بالعوض من دون سلامة الشرط له إضرار به فینفی اللزوم بقاعدة الضّرر و لعلّ نظر الماتن (- ره-) فی التقیید بصورة الجهل إلی انه فی صورة علمه بفساد الشرط حال العقد یکون مقدما علی ضرر نفسه فلا یبقی لقاعدة الضّرر مجری و یمکن المناقشة فی إطلاق ذلک بأنه انما یتصوّر حیث لا یحتمل الخیار و الّا کان مغرورا

قوله طاب ثراه و یظهر من بعض مواضع (- کرة-) (- اه-)

أقول ظهور عبارة (- کرة-) الّتی نقلها فی التردّد و الإشکال لا ینکر الّا انّ أصل التردّد لا وجه له بعد البناء علی إیجاب فساد الشرط فساد العقد فانّ استصحاب الإفساد (- ح-) محکم

قوله طاب ثراه و یظهر من (- لک-) هنا قول ثالث (- اه-)

لا یخفی علیک انّ أصل الفرع ساقط عنا لکنّه مع الغضّ عمّا اخترناه فهذا التّفصیل متین ضرورة أنّ إفساد الشّرط الفاسد للعقد علی القول به انّما هو لکون المقصود هو المجموع فاذا بطل الجزء بطل الکلّ لخلوّ الخالی عن الشرط عن القصد و لا ریب فی انّ هذا کما یقتضی فساد العقد بفساد الشّرط الضّمنی فکذا یقتضی فساده بفساد الشرط المنفصل مع اعتقادهما التّأثیر ضرورة أنّ اعتقادهما التأثیر یدعو الی قصدهما إلی إیقاع المقیّد و حیث انّ الشّرط فاسد فی نفسه و لانفصاله خلی الخالی عن الشرط عن القصد فیکون ما قصد غیر واقع و ما وقع غیر مقصود بل لازم ذلک

ص: ۱۸۱

هو القول بفساد العقد إذا أوقعاه بظنّ تأثير الشرط الغير الفاسد و المنفصل عن العقد ضرورة أنّ ظنّهما يدعوهما الى القصد إلى إيقاع المركّب فاذا فسد الشّرط بسبب الانفصال فسد العقد لخلوّ الفاقد للشرط عن القصد منهما اليه فالحقّ بناء على فساد العقد بفساد الشرط هو تفصيل (- لك-) و اعتراض الماتن (- ره-) عليه غير موجّه ضرورة أنّ علمهما بفساد الشرط يمنع من قصدهما الى المركب بعد فرضهما عاقلين كما لا يخفى الكلام فى أحكام الخيار

[الكلام فى أحكام الخيار]

[من أحكام الخيار أنه موروث بأنواعه و أنه غير متوقف على إرث المال]

اشارة

قوله طاب ثراه الخيار موروث بأنواعه بلا خلاف بين الأصحاب كما فى الرّياض و ظاهر (- ئق-) (- اه-)

قال فى الرّياض الخيار بأنواعه يورث مشروطا كان أو لازما بالأصل أى بأصل الشرع بلا خلاف بل ظاهرهم الإجماع عليه انتهى و فى (- ئق-) انّه صرّح به الأصحاب و بالنظر الى ذلك عزى الماتن (- ره-) نفى الخلاف الى ظاهره و فى (- لك-) انّه لا شبهة فيه و عن إيضاح (- فع-) انه لا كلام فيه و فى المستند انّه ان مات من له الخيار انتقل الخيار الى الوارث بالإجماع المحقّق و المحكى من موضعين من (- كرة-) و ظاهر (- ئر-) انتهى و استظهر فى المناهل الاتفاق عليه و فى كشف الظلام انّه إجماعى محصّلا على الظاهر و منقولا فى غير موضع انتهى و فى الجواهر انّه لا خلاف معتدا به فيه بل ظاهرهم الإجماع عليه قلت قد أشار بتقييد الخلاف الّذى نفاه بالمعتدّ به الى ما صدر من العلّامة (- ره-) فى (- عد-) كما نبّه على ذلك بقوله فى طىّ الكلام و ما فى (- عد-) من احتمال سقوط خيار المجلس بالموت فيما لو مات أحدهما لأولويّة مفارقة الدّنيا من مفارقة المجلس ليس خلافا فى المسئلة عند التأمّل على انّه فى غاية الضّعف ضرورة أن التباعد بالمكان الظاهر فى الجسم من الافتراق لا فى الرّوح التى لم يعلم مفارقتها للمجلس فلا ريب (- ح-) فى انتقاله الى الوارث انتهى و قد مر عند الكلام فى سقوط خيار المجلس بافتراق المتبايعين توضيح الحال فى عدم سقوط خيار المجلس بالموت وفاقا لجمع فراجع

قوله طاب ثراه و فى (- كرة-) انّ الخيار عندنا موروث (- اه-)

هذا هو ما ذكره فى أحد الموضعين و فى موضع أخر انّ خيار الشّرط موروث عند علمائنا

قوله طاب ثراه و كذا ما تردّد بينهما للأصل (- اه-)

أراد بالأصل أصالة عدم قابليّة المشكوك كونه حقّا للانتقال الى الوارث أو أصالة عدم الانتقال و ان شئت قلت انّ القابليّة للانتقال شرط فى البناء على الانتقال فاذا شكّ فى القابليّة كانت أصالة عدم القابليّة محكمة و ليس كون شىء محكما مانعا عن الانتقال حتّى تدفع المانعيّة بالأصل عند الشكّ

قوله طاب ثراه عدى ما دلّ على انتفاء الخيار بالتصرّف معلّلا بأنّه رضى كما تقدّم (- اه-)

وجه دلالة هذه الفقرة انه لو كان الخيار حكما لم يكن لسقوطه بالرّضا وجه لانّ عمدة ما هو فارق بين الحقّ و الحكم كما بيّناه إجمالا فى صدر الكتاب هو قابليّة الأوّل للتغيير و الإسقاط بخلاف الثانى

قوله طاب ثراه الثانى كونه حقّا قابلا للانتقال (- اه-)

يمكن المناقشة فيما ذكره من توقّف تماميّة دلالة العمومات على كون الخيار حقّا قابلا للانتقال بانّ عموم الكتاب و السّنة قد اقتضى انتقال كلّما ترك الميّت من حقّ و مات عنه و من البين كون الخيار ممّا مات عنه الميّت فالعمومات قد اقتضت كون الأصل فى كلّ

حقّ قابليّة للانتقال بل المحتاج الى الدليل بعد ورود العمومات هو إثبات كون حقّ من الحقوق غير قابل للانتقال كحق الشفعة الّذى ورد النصّ بعدم انتقاله و قال به جمع من الأصحاب فالحقّ تماميّة دلالة العمومات على المطلوب من دون حاجة الى الإجماع فتدبّر جيّدا

قوله طاب ثراه و التمسّك فى ذلك باستصحاب بقاء الحق (- اه-)

المشار اليه بذلك هو كون الخيار قابلا للانتقال و ربّما يتمسّك لأصل انتقال الخيار الى الوارث بالاستصحاب بتقريب انّ الخيار كان ثابتا فى حيوة المورّث و الأصل بقائه بعده عملا بالاستصحاب تمسّك بذلك فى المناهل و فيه انّ الخيار فى حيوة المورّث انما كان ثابتا للميّت فبعد موته ان استصحب الخيار له كان منافيا للمدّعى من كونه للوارث مضافا الى تبدّل الموضوع و ان أريد استصحاب كونه للوارث فلا حالة سابقة له و ان اثبت الانتقال الى الوارث بالعموم خرج عن كونه تمسّكا بالأصل و ربّما احتجّوا لإرث الخيار بوجوه أخر أحدها انّ الخيار لو كان يسقط بموت المورث لما صحّ الصّلح عليه و لما وجب الوفاء بالشرط الّذى فى ضمنه و التالى بقسميه باطل لقوله (- تعالى-) أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله (- تعالى-) الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ و عموم قوله (- ص-) الصّلح جائز بين المسلمين الّا ما أحلّ حراما أو حرّم حلالا و قوله (- ع-) المؤمنون عند شروطهم تمسّك به فى المناهل و فيه نظر لأنّ الملازمة بين جواز الصّلح عليه و بين الإرث ليست الّا لعمومات الإرث فالجمع بين ذلك و بين التمسّك بالعموم لا وجه له و أيضا فالتمسّك لجواز الصّلح عليه بعموم جواز الصّلح من التمسّك بالعموم فى تميز الشّبهات المصداقيّة الّذى أعرض عنه المحقّقون نظرا الى ورود العموم مورد بيان حكم أخر و هو هنا جواز الصلح (- مط-) و امّا انّ الذى يجوز الصلح عليه ما ذا فلا دلالة فى العموم على تعيينه كما لا يخفى ثانيها انّ الخيار لو كان يسقط بموت المورّث للزم ترتّب الضّرر فى خيار الغبن و العبث فى الشرط و الأصل عدمه لعموم قوله عليه السّلام لا ضرر و لا ضرار تمسّك بذلك (- أيضا-) فى المناهل و هو كما ترى ضرورة ان لزوم العبث فى الاشتراط ممنوع لانّه ما دام حيّا يكون له الخيار و هو كاف فى عدم لزوم العبث و امّا لزوم الضّرر فى خيار الغبن فلا يوجب انتقال الحقّ إلى الوارث و لو كان فلا ينفع فى إثبات الكليّة أعنى انتقال سائر الخيارات الّا ان يتمّم بعدم القول بالفصل بين خيار الغبن و سائر الخيارات و لم يشر اليه ثالثها استصحاب تزلزل ملكيّة الطرف الأخر الموجب لثبوت الخيار للوارث بالإجماع المركب تمسّك به بعضهم و ردّه فى المستند بمعارضته بأصالة عدم حدوث خيار الوارث أو غيره المزيل للتّزلزل لانّه ليس الّا كون الملك بحيث يثبت فيه الخيار لأحد و يمكن تقرير ذلك بانّ الموضوع متبدّل لانّ المالك حين التزلزل هو المورث و الان هو الوارث فاستصحاب التزلزل لا وجه له (- فت-) رابعها انّ ملكيّة ذى الخيار لما انتقل اليه كانت متزلزلة فيجب كونها (- كك-) للوارث (- أيضا-) تمسّك به بعضهم و ردّه فى المستند بمنع الملازمة فإن ملكيته للوارث ثابتة بعمومات الإرث و هى ظاهرة فى المستقرة و لو منع الظهور فالأصل عدم تسلّطه على الطّرف الأخر فظهر من ذلك كلّه انّ العمدة فى المسئلة انّما هى عمومات الإرث من الكتاب و السّنة و خصوص ارث الوارث لكل ما ترك الميّت من حقّ

قوله طاب ثراه لم يمنع انتقال الخيار الى الوارث (- اه-)

الوجه فى ذلك عمومات الإرث بعد عدم تحقّق مانع و الأصل عدم مانعيّة الدّين من ذلك

قوله طاب ثراه كالزّوجة غير ذات الولد أو (- مط-) (- اه-)

أشار بالترديد الى ما وقع بين الأصحاب من الخلاف فى انّ المحرومة من الأراضى و أعيان العقار هل هى الزّوجة غير ذات الولد أو هى و ذات الولد و قد نقّحنا القول فى ذلك فى إرث منتهى المقاصد و قوّينا القول الثانى فراجع و تدبّر

قوله طاب ثراه و لذا قوّى بعض المعاصرين (- اه-)

أراد بهذا البعض صاحب الجواهر (- ره-) حيث قال بعد الاستدلال لانتقال الخيار المشروط للأجنبيّ لا على جهة المباشرة بإطلاق النصّ و الفتوى و دفع دعوى انّه انّما يورث تبعا للمال

ص: ۱۸۲

بأنّها لا شاهد عليها بل يكفى فيه تعلّقه بالمال كالشفعة بل قد يورث ما لا تعلّق له بالمال كحق القذف و حقّ القصاص ما لفظه و من ذلك يظهر لك قوّة القول بإرث الزّوجة غير ذات الولد للخيار فيما إذا اشترى أرضا و له الخيار لو باعها (- ككـ-) انتهى

قوله طاب ثراه و يضعّفه ان حقّ الخيار (- اه-)

يمكن الجواب عن هذا الإيراد بانّ عدم انتقال العلاقة الّا الى وارث يكون كالميّت فى كونه مالكا لان يملك ممنوع بل الحق أنّها كما تنتقل الى وارث يكون كالميّت فى كونه مالكا فكذا تنتقل الى وارث يكون كالميّت فى كونه مالكا لان يملك من غيره و كما انّ الأجنبىّ المنصوب من قبل المالك يتسلّط بعلقة الخيار على استرداد العين الى من نصبه فكذا الزوجة تتسلّط على استرداد العين إلى ورثة زوجها و كما انّ الأجنبىّ منصوب من قبل العاقد فكذا الزّوجة منصوبة من قبل الشارع بحكم عمومات الإرث

قوله طاب ثراه لأنّها بالخيار لا ترد شيئا من الأرض إلى نفسها و لا إلى أخر هى من قبله فيه

انّها و إن كانت لا ترد الى نفسها و لا إلى أخر هى من قبله الّا انّها تردّ الى وارث من هى بنصب الشارع منصوبة من قبله و هو الزّوج فان الخيار لمّا كان حقّا و كان كلّ ما ترك الميّت من حق فلوارثه كان مقتضى ذلك ثبوت الخيار للزّوجة (- أيضا-) و كان توقف انتقال الخيار الى شخص على كونه كالميّت فى كونه مالكا لان يملك العين بالفسخ محتاجا الى الدّليل و لا دليل على ذلك و الأصل عدم التوقّف

قوله طاب ثراه فلا ينتقل هذه العلاقة الّا الى من هو (- ككـ-) من ورثته (- اه-)

قد عرفت انّ هذا الحصر ممّا لا دليل عليه و انّ عموم انتقال ما ترك الميّت من حق الى وارثه محكم

قوله طاب ثراه فلو علّل بإرثها دار (- اه-)

هذا الدّور محل نظر ضرورة أنّ إرثها للمال انّما يتوقّف على فسخها و فسخها لا يتوقف الا على إرثها للخيار فالموقوف و الموقوف عليه متغايران فلا دور فان قلت انّ إرثها للمال متوقّف على فسخها و فسخها متوقّف على إرثها للخيار و إرثها للخيار متوقّف على إرثها للمال فى صريح كلام الفخر فيلزم الدّور قلت أوّلا انّ إرثها للثمن غير متوقف على إرثها للمال فانّ الوارث قد يرث الخيار و لا يرث المال كما نقل الميّت أمواله جميعا و امضى الوارث فإنّه لا يرث المال و يرث ما كان للميّت من الخيار و قد يرث المال و لا يرث الخيار كما فى الزّوجة على قول فى بعض الفروض فارثها للخيار غير متوقف على إرثها للمال حتى يتمّ تصوير الدّور و ثانيا على فرض التنزل انّ إرثها للمال بمعنى ملكها للثمن متوقّف على فسخها و فسخها متوقّف على إرثها للخيار و إرثها للخيار ليس متوقفا على إرثها للمال بمعنى استقرار ملكها للثّمن بل استقرار ملكها للثمن انّما يكون بعد الفسخ المتأخر عن إرثها للخيار فكيف يتوقّف إرثها للخيار عليه و ان أراد بإرثها للمال الّذى أوقف عليه المعترض ارث الخيار مجرّد استحقاقها لان تملك ففيه (- أيضا-) منع لان استحقاقها لان تملك مع الخيار انّما يحصلان فى ان واحد فلا تأخر حتى يحصل التوقّف فان قلت انّ صريح كلام الفخر تعليل إرثها للخيار بانّ لها حقّا فى الثمن و من المعلوم انّ ذلك يتوقّف على إرثها للخيار ضرورة انّها لو لم ترث الخيار لم ترث من الثمن و قد علّل الخيار بذلك قلت توقّف استحقاقها لنصيبها من الثمن على إرثها للخيار غير معلوم و عدم إرثها من الثمن لو لم ترث الخيار غير ضرورى ضرورة إمكان دعوى انّها لا ترث من الخيار لكون متعلّقها الأرض و ترث الثمن بعد الفسخ بناء على عوده الى الميّت فلا تذهل

قوله طاب ثراه و قد حمل العبارة على هذا المعنى السيّد العميد (- اه-)

قد حملها عليه الشهيد (- ره-) (- أيضا-) فى محكى الحواشى

قوله طاب ثراه فإنّه بعد بيان منشأ الإشكال على ما يقرب من الإيضاح (- اه-)

قال فى جامع المقاصد فى شرح عبارة (- عد-) المزبورة انّ هذا الاستثناء من محذوف يدلّ عليه قوله موروث تقديره لجميع الوارث أو نحوه فيكون التّقدير الخيار موروث لجميع الوارث مقسوم عليه كالمال إلّا الزّوجة غير ذات الولد فى الأرض فإنّها لا ترث من الخيار

المتعلّق بها سواء كانت مبيعة أو مشتراة على اشكال ينشأ من انّه حق خارج عن الأرض فترث منه و من انّه من الحقوق المتعلّقة بها فإرثه تابع لإرثها و مع انتفاء التابع ينتفى متبوعه و الأقرب من هذا إلى أخر ما فى المتن من عبارة (- مع صد-)

قوله طاب ثراه و حمل الشارحان (- اه-)

أراد بهما الشيخ الفخر و السيّد العميد أو الأول مع الشهيد (- رهما-)

قوله طاب ثراه و هو خلاف الظاهر (- اه-)

أقول الحق فى معنى عبارة (- عد-) هو ما فهمه الشارحان فإن أهل البيت ادرى بما فيه و ما اعترض به هذا المحقق عليهما ساقط بحذافيره امّا الأوّل فلمنع الظهور و التبادر الّذى ادّعاهما بل العبارة مسبوقة لبيان انّ الخيار موروث بالحصص كالمال فيكون قوله ذلك إشارة إلى الإرث المسوق له الكلام و يشهد به قوله لترث من الثمن الذى هو غاية للفسخ و بيان لأثر الأقربيّة و امّا الثانى الذى أشار إليه بقوله مع انه من حيث الحكم غير مستقيم (- اه-) فلانتقاضه بما إذا كان المال الموروث غير الأرض و قد ملّك الورثة ما زاد عن حقّها بموت المورث فكما تملك هناك ابطال استحقاقهم لذلك و إخراجها عن ملكهم فكذا هنا مضافا الى انّا لا ندّعى انفرادها بالخيار بل هى شريكة معهم فى ذلك فاذا اجتمعوا على الفسخ كان ابطال استحقاقهم منها و منهم جميعا لا منها فقط غاية ما هناك انّها فى غير الأرض شريكة و فى الأرض ليست بشريكة و امّا الثالث الذى أفاده بقوله و (- أيضا-) فإنّها إذا ورثت (- اه-) فلأنّه يلزم من إرثها من الخيار بطلان حقّها من الثمن إذ المدار فى الخيار على الإرفاق بالتسلّط على الفسخ و الّا فالإمضاء من لوازم العقد و حيث انّ الفسخ مخالف للمصلحة فيما إذا باع أرضا و لا (- كك-) فيما لو اشترى كانت الأولويّة ممنوعة غاية ما هناك انه يدّعى انّها فى صورة الشراء ورثت غير حقّها من الأرض الّتى اختصموا بملكها و فيه انّها ورثت حقّا و هو الخيار الموروث و نسبته الى الثمن و المثمن فى مرتبة واحدة كما نبّه على ذلك فى مفتاح الكرامة

[كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار]

اشارة

قوله طاب ثراه الأوّل ما اختاره بعضهم (- اه-)

قد يستظهر ذلك من قول العلّامة (- ره-) فى (- ير-) لو ورث اثنان عن أبيهما خيار عيب فرضى أحدهما سقط حق الأخر من الردّ دون الأرش انتهى و وجه الظهور انه لم يثبت الخيار للطّرف الأخر برضاء أحدهما بل أسقط به حقّ الأخر

قوله طاب ثراه الثانى استحقاق كلّ منهم خيار (- اه-)

هذا الوجه هو ظاهر العلّامة فى (- كرة-) بعد تدقيق النظر فى مجامع كلامه فإنّه (- ره-) قال عند الكلام فى خيار المجلس انّه لو فسخ بعضهم و أجاز الأخر فالأقوى انّه ينفسخ فى الكلّ كالمورّث لو فسخ فى حيوته فى البعض و أجاز فى البعض انتهى فإن تقوية الانفساخ فى الكلّ و إن كان ظاهرا فى نفسه فى الوجه الأوّل كما استظهرناه من (- ير-) (- أيضا-) الّا انّ تقييد الانفساخ بكونه كالمورث لو فسخ فى بعض و أجاز فى بعض أظهر شاهد فى إرادة هذا الوجه لانّ فسخ المورّث فى حيوته و إجازته فى البعض الأخر لا يوجب الانفساخ فى الكلّ الّا بمعنى الانفساخ فى البعض برضاه و ثبوت خيار التبعّض فى الباقى فيلزم ان يكون فى المشبّه (- أيضا-) (- كك-) قضاء لحق التشبيه

قوله طاب ثراه الثالث استحقاق مجموع الورثة (- اه-)

(١١) هذا هو خيرة (- عد-) و الإيضاح و (- لك-) و محكى (- س-) و إيضاح (- فع-) و غيرها و اختاره الماتن (- ره-) (- أيضا-)

قوله طاب ثراه فلا يجوز لأحدهم الاستقلال بالفسخ لا فى الكلّ و لا فى حصّته (- اه-)

(۱۲) فان قلت انّ ذلک یستلزم بطلان حق شخص لعدم

ص: ۱۸۳

اعمال الأخر حقّه قلنا الحق إذا كان مشتركا لم يجز إعماله إلّا برضا الشّريك كما لو جعل الخيار للاجنبيّين على سبيل التوافق فتدبّر

قوله طاب ثراه كالامضاء و الفسخ من ذى الخيار بتصرف واحد

و ذلك كما لو اشترى عبدا بجاريّة مع الخيار له فقال أعتقهما و سيتعرّض الماتن (- ره-) لذلك إنشاء اللّه تعالى

قوله طاب ثراه الّا ان تجزيه الخيار بحسب متعلّقه كما تقدّم ممّا لم يدلّ عليه أدلّة الإرث (- اه-)

يمكن ان يقال انّ تجزيـة الخيار لا تحتاج إلى دلالة أدلّة الإرث على ذلك بل حيث دلّ دليل الإرث على تجزية المال بين الورثة ثبتت تجزيـة الخيار بحكم العقل و ذلك انّ المال انّما ينتقل إلى الورثـة و يتجزّى بينهم على ما كان عليه من الوصف عنـد المورّث و حيث انّ الملـك عنـد المورّث متزلزل و لا دليـل على إيجـاب موته لزوم الملـك انتقل المال بالعنوان الّـذى هو عليه من الملك الجائز إلى ورثته فكلّ جزء منه انتقل الى احـد الورثـة فهو مال لـذلك الوارث على وجه التزلزل و الملك المتزلزل يجوز فسـخه فلكلّ من الورثة فسـخ ملكه بالنّسـبة إلى سـهمه فحسب فالقول الثانى لعلّه أظهر غاية ما هناك انّه إذا فسخ أحدهم فى نصـيبه تسـلّط البائع على الفسـخ بسبب تبعّض الصّفقة و اللّه العالم

قوله طاب ثراه و الّا فلا دليل على الانفساخ فى شىء منه (- اه-)

قـد عرفت انّ الـدّليل على الانفسـاخ فى كـلّ جزء بفسـخ من انتقل اليه ذلك الجزء هو تزلزل ملكه و انفساخ كلّ ملك متزلزل بفسـخ صاحبه

قوله طاب ثراه (- فت-)

لعلّ وجهه منع عدم وجود ذلك فى الفرض و إبداء وجوده نظرا إلى انّه كما انّ عفو احد الشّركاء هناك إضرار على غير العافى فكذا إمضاء أحد الشركاء أو فسخه إضرار بغيره فيلزم بناء على التعلّق بقاعدة الضّرر التعلّق بها كلّية و جعل مفادها أصلا ثانويا فتدبّر

قوله طاب ثراه ثمّ انّ ما اخترناه من الوجه الأوّل (- اه-)

أراد بالوجه الأوّل الأوّل من وجهى الوجه الثالث اى معنييه أو انّ لفظ الأوّل سـهو من الناسـخ فهو زائـد و اللام فى الوجه للعهـد إشارة إلى الوجه الثالث بدلالة المقام فتدبّر

قوله طاب ثراه بعد ان احتمل الوجه الثانى (- اه-)

وجه دلالـة كلامه الآتى على الاحتمال انه عنون الفرع أوّلا بعنوان التردّد ثمّ اسـتقرب المنع فيـدلّ ذلك على احتماله للثانى و الّا لـذكر الأوّل بلسان الجزم و الفتوى

قوله طاب ثراه و أصرح منه ما تقدّم من عبارة (- ير-) ثمّ (- كرة-)

قـد مرّ منّا بيـان وجه دلالـة عبـارة (- ير-) و أراد بعبارة (- كرة-) عبارته التى حكاها (- ره-) آنفا عنـد كلامه فى خيار العيب و وجه دلالتها ظاهر

قوله طاب ثراه قد يدلّ على انّ فسخ الزوجة (- اه-)

فيه نظر ظاهر لعدم دلالة العبارة على ما اسـتفاد منها بوجه و انما سـيقت لبيان ثبوت الخيار للزّوجة فيما إذا اشترى الزّوج المورّث بخيار و لا تعرّض فيها لكيفيّة اعمالها للخيار بوجه و ليت شعرى من اين استفاد ما ذكره

قوله طاب ثراه و يندفع بأنّ الحقّ إذا كان مشتركا (- اه-)

كان اللازم ان يقيّـد الشـركة بالإشاعة إذ لو كان الحقّ مشتركا لا على وجه الإشاعة لم يتوقّف إعمال أحدهما خياره على رضا الأخر و (- أيضا-) فما ذكره من الجواب فرع القول بالاشتراك و امّا على ما اخترناه من الوجه الثانى و هو اسـتحقاق كلّ منهم خيارا فى نصيبه فلا يتأتى ما ذكره

[فرع فيما إذا اجتمع الورثة على الفسخ فيما باعه مورثهم]

قوله طاب ثراه و إن كان على الميّت دين مستغرق (- اه-)

كلمة و ان وصليّة يعنى ان ثبوت دين مستغرق على الميّت لا يمنع من فسخ الورثة لأنّ للمحجور عليه فسخ العقد الخيارى السابق على الحجر بخياره كما صرّحوا بذلك فى كتاب التفليس من غير خلاف بينهم يظهر و بعدم وجدان الخلاف فيه صرّح فى الجواهر و هداية الأنام و غيرهما و استظهر الاتفاق عليه فى المناهل لأصالة بقاء الخيار الّذى كان ثابتا قبل الحجر بعد عدم الدّليل على قابليّة الحجر لرفع ذلك و انّ الحجر على البالغ الرّشيد مخالف للأصل و قاعدة تسلّط النّاس على أموالهم فيجب الاقتصار فى الخروج عنه على ما قام عليه الدّليل و لا دليل فى المقام يخرج به عن الأصل و القاعدة بل الدليل يوافقهما و ليس هذا مترتّبا على الحجر و لا من لوازمه العقليّة و لا الشرعيّة و لا العرف حتى يثبت بثبوته مضافا الى وجوه أخر قاصرة

قوله طاب ثراه و فى اشتراط ذلك بمصلحة الدّيان و عدمه وجهان

(۱۱) قلت بل وجوه ثلثة أحدها اعتبار مراعاة الغبطة (- مط-) و هو ظاهر المحقّق الورع الأردبيلى فى مجمع الفائدة ثانيها عدم الاعتبار (- مط-) فيجوز له كلّ من الفسخ و الإمضاء سواء تضرّر به الغرماء أم لا و هو ظاهر إطلاق (- يع-) و صريح (- ط-) و (- مع صد-) و (- لك-) و محكى (- ير-) و غيرها ثالثها الاعتبار فى الفسخ بالعيب و عدم الاعتبار فى الفسخ بالخيار و هو خيرة العلّامة فى (- كرة-) و (- شاد-) و الشهيد (- ره-) فيما حكى عنه حجّة الأوّل تعلّق حقوق الغرماء بأعيان أمواله فلا يسوغ له التصرّف فيها بما يبطل حقّهم أفاد ذلك فى مجمع الفائدة حيث قال قد يختلج بالخاطر انّ سبب الحجر فى الابتداء موجود فى الاستدامة و هو حفظ مال النّاس و عدم التضييع فكما منعه الحاكم عن البيع فى الابتداء (- كك-) يمنعه فى غيره مع اشتماله على عدم الغبطة خصوصا بالنسبة الى عدم الفسخ فإنّه لا يكلف بشيء أصلا مع المصلحة و لغيره فان فسخه مثلا يصير سببا لتضييع مال الدّيان فى الجملة فسند الإجماع هنا (- أيضا-) موجود و مجرّد وجود سببه حال عدم الحجر لا يقتضى ذلك (- مط-) حتّى مع وجود الدّليل على عدمه و بالجملة ما اعرف الفرق بين منعه من البيع بقوله لا تبع و بين منعه من الفسخ بقوله لا تفسخ فانّ كلّه تصرّف مالى موجب لفوت مال الدّيان فى الجملة بل فى الثانى قد تعرض المصلحة لهما فلا يبعد جعل مدار الأمر فى غير الابتداء (- مط-) على المصلحة كما فى الردّ بالعيب فانّ الوجه الّذى ذكره له فى (- كرة-) بعينه جار فى الخيار انتهى المهمّ ممّا فى مجمع الفائدة و أنت خبير بأنّه مختل النظام ضرورة انّه ان تمّ ما ذكره من عدم الفرق بين الابتداء و الاستدامة و ان سبب الحجر فى الابتداء موجود فى الاستدامة لاقتضى عدم جواز الفسخ (- مط-) حتى مع الغبطة إلّا بإذن الغرماء كما كان الحال (- كك-) فى التصرّف الابتدائى فادّعائه ما ذكره و إفتائه بالجواز مع الغبطة ممّا لا يجتمعان مضافا الى انّ ما ذكره من عدم الفرق لا وجه له امّا أوّلا فلوضوح الفرق بينهما لانّ التصرّف الابتدائى تعلّق الحجر به من دون تزلزل بخلاف الاستدامة فإن تعلّقه به متزلزل و لقد أجاد من قال انّ الحجر يقتضى تعلّق حق الغرماء بمال الفلس على حسب كيفيّة ملكه فى اللزوم و التزلزل فان ملكه لازما تعلّق به حقّ الغرماء تعلّقا لازما و ان ملكه متزلزلا تعلّق به حقّهم تعلّقا متزلزلا لا انّ بالحجر تختلف جهة ملكه فمع كون الملك بالنّسبة إليه متزلزلا لا يبقى على حاله بعد الفلس و امّا ثانيا فلانّ عدم الفرق عنده و فى نظره لا ينفع بعد وضوح الفارق بينهما و هو وجود الدّليل على الحجر عليه من التصرّف المبتدء و هو الإجماع و فقده على الحجر عليه من الاستدامة و ان أراد الإلحاق فلا وجه له لكونه قياسا ممنوعا منه الّا ان يعمّ دليل المقيس عليه للمقيس أو يشمله العلّة المنصوصة فى الدّليل أو يقطع باتّحاد المناط فيهما أو يثبت هناك عدم القول بالفصل و لا شيء من ذلك موجود فى المقام ضرورة انّ الإجماع دليل لبّى لا عموم له و هو فى المستدام مفقود و العلّة المنصوصة لا تكون إلّا فى الدّليل اللّفظى و لا دليل لفظيّا هنا و القطع باتّحاد المناط فى المبتدء و المستدام دونه خرط القتاد و عدم الفصل ممنوع لوضوح الفصل منهم بين المقامين بحيث لم يظهر بينهم فيه خلاف حجّة القول الثانى الأصل بعد عدم كون الفسخ بالخيار و العيب

ص: ۱۸۴

ابتداء تصرّفا فى المال حتى يشمله الإجماع على المنع منه بل هو أثر أمر ثابت قبل الحجر المانع له من ابتداء التصرّف فى المال و ان شئت قرّرت ذلك بان منع البالغ الرّشيد من التصرّف فى ماله مخالف للأصل عموم تسلّط النّاس على أموالهم فيلزم الاقتصار فى الخروج عنه على مورد اليقين و حيث انّ دليل المنع هو الإجماع و مورده التصرّف المبتدء بقى التصرّف المستدام تحت الأصل و العموم و ربّما يظهر من مجمع الفائدة التمسّك لذلك باستصحاب الخيار حيث قال فى شرح قول ماتنه و له اجازة بيع الخيار و فسخه من غير اعتبار الغبطة ما نصّه وجهه التسلّط و الأصل و (- أيضا-) قد وجد سبب الفسخ و اللّزوم وقت عدم الحجر فيوجد سببه انتهى و هو لا بأس به فان قلت انّه انما يتم فى الفسخ بالخيار و لا يتأتى فى الفسخ بالعيب لتأخر ظهور سلب الفسخ عن الحجر عليه قلت انّ العيب و ان ظهر بعد الحجر الّا ان ظهوره يكشف عن تحقّق سبب الفسخ قبل الحجر عليه ضرورة انّ الموجب للخيار انّما هو العيب الموجود حال العقد لا المتجدّد فى يد المشترى كما تقرّر فى محلّه حجّة القول الثّالث ما أشار إليه فى (- كرة-) بقوله و فارق الفسخ و الإجازة بالخيار الردّ بالعيب لانّ العقد فى زمن الخيار متزلزل لا ثبات له فلا يتعلّق حقّ الغرماء بالمال و يضعف تعلّقه به بخلاف ما إذا خرج معيبا و إذا ضعف التعلّق جاز ان لا يعتبر شرط الغبطة انتهى و أنت خبير بأنه كما انّ العقد فى زمن الخيار متزلزل لإثبات له فكذا فى زمن وجود العيب متزلزل فى الواقع فهما مشتركان فى التزلزل غاية ما هناك انّ العقد الخيارى متزلزل ظاهرا و واقعا و العقد على المعيوب مع الجهل بالعيب متزلزل واقعا لا ظاهرا و ربما حكى عن الشهيد (- ره-) بيان وجه الفرق بين الردّ بالخيار و بين الردّ بالعيب بانّ الخيار يثبت بأصل العقد لا على طريق المصلحة فلا يتقيّد بها بخلاف الردّ بالعيب فإنّه يثبت على طريق المصلحة فيتقيّد بها ثمّ قال و فيه نظر لانّ كلّا من الخيارين ثابت بأصل العقد و انّما افترقا بأن أحدهما ثابت بالاشتراط و الأخر بمقتضى العقد و لم يقل احد بتقييد فسخ العيب فى غير الفلس بالمصلحة فاعتبار الغبطة هنا مع كونه ليس من التصرّفات المبتدئة ليس بجيد ثمّ قال و لو قيل انّ الحكمة الباعثة على إثبات خيار العيب هو الغبطة نظرا الى نقص العيب قلنا مثله فى الخيار فانّ حكمة الخيار مع انّ الأصل فى البيع اللّزوم لانّه لم يوضع الّا ليملك كلّ من المتعاوضين مال الأخر انّما هى إمكان أن يتجدّد لذى الخيار ما يوجب ارادة الفسخ فلا يجد السّبيل اليه فشرع الخيار لذلك و من ثمّ ثبت فى الحيوان ثلثة أيّام من غير شرط لانّ الحيوان ممّا يشتمل على أمور خفيّة لا يطّلع عليها ابتداء غالبا بخلاف غيره و لما أمكن فى غيره ذلك شرع اشتراط الخيار و ممّا قد تخلّف من افراد العيب ما لا غبطة فى ردّه بل الغبطة فى قبوله غالبا خصّا العبد فإنّه عيب مع استلزامه زيادة القيمة و مثله الفسخ بخيار بمجرّد التشهّى فالحكم فيهما واحد و بالجملة فالقواعد الكليّة فى الأحكام أخرجت الأمور الحكميّة عن بعض موضوعاتها الجزئيّة انتهى و قد أشار الى ما ذكره من الاعتراض فى جامع المقاصد و (- الروضة-) (- أيضا-) حيث أفادا انّ كلّا منهما ثابت بأصل العقد على غير جهة المصلحة و إن كانت الحكمة المسوّغة هى المصلحة و الإجماع على جواز الفسخ بالعيب و ان زادت القيمة فضلا عن الغبطة فيه و اعترضها فى مفتاح الكرامة بانّ ما ذكراه فى وجه النّظر لا يدفع الفرق لانّه و إن كان ثبوت الخيار بأصل العقد و انّ الحكمة المسوغة للخيار مطلقا انّما هى لمصلحة صاحبه لكن جهات المصلحة متغايرة فالخيار الأصلى كخيار الشرط و الحيوان لم يتقيّد بشىء كخيار العيب و الغبن فإنّ الأوّل مقيّد بالضرر و الثانى بالنّقص بل له فى الأوّل اختيار أصل العقد و عدمه بخلاف الثانى فإنّ حقّ الغرماء متعلّق بخيار الحيوان مثلا تعلّقا ضعيفا جدّا لانّ العقد من أصله متزلزل بخلاف خيار العيب فانّ تعلّق حقّهم فيه أقوى فإنه مع إرادته أى المفلّس الاختيار فيه يراعى فيه مصلحة ماله لئلّا يفوت منه شىء أو يأخذ النّاقص كما حكيناه عنه آنفا عن (- كرة-) فهذه المصلحة غير الأوّل فقول الشّهيد (- ره-) انّ الخيار ثابت بأصل العقد على طريق المصلحة فلا يتقيّد بها أراد به مصلحة الغبن و العيب و الفرق واضح يفيد اعتبار الغبطة فى الثانى أى العيب دون الأوّل فقول

المعترض فى وجه النظر انّ كلّا منهما ثابت بأصل العقد على غير جهة المصلحة ليس بتام و ما فرضه من انه يمكن ان تكون قيمة المبيع مع كونه معيبا أزيد من الثمن و مع ذلك يجوز فسخه إجماعا بالعيب هو الوجه فى إثبات الخيار كما عرفت و من ثمّ قيل هنا

باعتبار الغبطة فى الثّانى و هو عين المدّعى فليتأمّل فى ذلك جيّدا ثمّ قال و المناسب فى بيان المنع ان يقال انّ الإجماع منعقد على جواز البيع بأزيد من القيمة أو انقص منها فتجرى رعاية الغبطة فى الأوّل (- أيضا-) لوجود العلّة و يمكن الجواب بأنّه إن كان عالما بها وقت البيع فهو كالهبة و ان لم يعلم بها فهو داخل فى الثانى لوجود الغبن نعم لو كانت الزيادة فى طرفه أشكل الفرق بينهما و الفسخ (- ح-) (- مط-) فليتأمّل جيّدا انتهى و هو كما ترى و ان أطال الّا انه لم يأت بما يدفع الأصل و يثبت اعتبار الغبطة فى الفسخ بالعيب و الأصل كاف فى دفع الاعتبار

قوله طاب ثراه و من أنّهم قائمون مقام الميّت (- اه-)

هذا الوجه هو الأظهر ضرورة ان سلطنة الورثة على فسخ العقد انما هى لقيامهم مقام المورّث فعليهم ما على المورث و (- أيضا-) فمن ينتقل اليه المال بالفسخ عند عدم المانع هو المكلّف بردّ الثمن عينا أو مثلا أو قيمة إلى المشترى

[مسألة لو كان الخيار لأجنبى فمات فهل ينتقل لوارثه أم لا]

قوله طاب ثراه مسئلة لو كان الخيار لأجنبى (- اه-)

بقى من فروع ارث الخيار جملة ممّا لم يتعرّض له الماتن (- ره-) لا بأس بالإشارة الى عدّة منها أحدها انّ انتقال الخيار الى الوارث فى صورة الإطلاق ممّا لا ريب فيه و امّا لو شرط فى ضمن العقد عدم انتقال الخيار الى الوارث ففى صحّته و لزوم العقد بموته وجهان من عموم أدلّة الشروط و كون الثابت من الإجماع انتقال ما أطلق فيه الخيار و من عموم ما دلّ على انتقال ما ترك الميّت من حقّ الى وارثه و كون هذا الشرط مخالفا للسّنة فلا يندرج تحت أدلّة الشروط فتبقى أدلّة إرث الحقوق سليمة عن المعارض فتحكّم نعم لو شرط له الخيار بشرط المباشرة له بلسانه صحّ الشرط و لزم و لم ينتقل الخيار بموته الى وارثه لعدم قابليّة للانتقال من حيث فقد قيده الّذى هو كونه صادرا من المشروط له مباشرة بلسانه الثانى انه لو أسقط بعض الورثة أو كلّ منهم ماله من الخيار لم يكن له الرّجوع بعده لا لما فى المستند من انّ الثابت من الإجماع خيار غير مثل ذلك الشخص و لا يفيد الاستصحاب لانّ الثّابت له أوّلا لم يكن الّا حقّه قبل الإسقاط أى ما لم يسقط فيتعارض الاستصحابان بل لعموم ما دلّ على سقوط الحقوق بالإسقاط فإنّ الوارث ليس بأسلط من المورّث و خيار المورث يسقط بالإسقاط من غير خلاف فخيار الوارث بطريق اولى و انّما قلنا انّ المستند ليس هو ما فى المستند ضرورة توقّف تماميّته على انحصار دليل ارث الخيار فى الإجماع و ليس (- كك-) لوجود العموم (- أيضا-) الثّالث انه لو كان الخيار خيار المجلس ففى اعتبار حضور

ص: ۱۸۵

الوارث فى مجلس الموت فى انتقاله اليه و عدمه وجهان تقدّم الكلام عليهما مع سائر فروعه عند الكلام فى خيار المجلس و لو كان الخيار خيار غبن اعتبر فيه الفوريّة لعدم ثبوت الزّائد منها من الإجماع و فى (- لك-) و المستند و غيرهما انّ الفوريّة المعتبرة فيه من حين بلوغ الخبر و علمه بالفوريّة و لو كان الخيار خيار شرط بأقسامه ثبت للوارث فى بقيّة المدّة المضروبة و لو كان خيار الحيوان ثبت له فيما بقى من الثّلثة و لو كان فى الصّورتين غائبا أو حاضرا و لم يبلغه الخبر حتّى انقضت المدّة سقط خياره كما صرّح به الشّيخ (- ره-) و جماعة من غير خلاف يعرف بينهم للأصل و لأنه لو كان المورّث حيّا لسقط خياره بانقضاء المدّة فكذا الوارث الّذى ثبت له ما ثبت للمورّث على حدّ ثبوته له لكن ربّما احتمل فى محكى (- كرة-) ثبوت الخيار له على الفور عند اطّلاعه بعد انقضاء المدّة على انتقال الخيار اليه و لم افهم وجهه و يبعّده انّه لو نسى المورث فى حال حيوته ثبوت الخيار له ثمّ ذكر بعد انقضاء المدّة لم يثبت له الخيار أصلا فإثبات الخيار انا ما للوارث تفضيل للفرع على الأصل من غير دليل و لا شاهد التّاسع انّه هل يجب اعلام الوارث بانّ له حقّا فى فسخ العقد أو إعلام وليّه إذا كان قاصرا أو غائبا وجهان أقربهما العدم لأصالة البراءة و دعوى انّ حقّ الخيار كالمال فى وجوب اعلام صاحبه به مع جهله به فى غير محلّها بل ذلك مستند الى تقصير صاحب الحقّ أو قصوره و الفرق بين الحقّ و المال انّه فى الأوّل لا- شيء بيد من عليه الحقّ بحيث يجب إيصاله الى صاحبه بخلاف المال فإنّه عين مملوكة للغير فإيصاله اليه يتوقف على اعلامه فيجب الرّابع انه هل يختصّ ارث الخيار بالخيارات التى هى فى البيع أم لا- بل يشمل جميع الخيارات حتى ما فى الصّلح و الإجارة و نحوهما وجهان أقربهما الثّانى لعدم اختصاص دليل الانتقال بخيارات البيع نعم من لم تتمّ عنده دلالة عمومات الإرث و استند فى الحكم بإرث الخيار إلى الإجماع كان عليه الأخذ بالمتيقّن لكون مستنده (- ح-) لبّيا يلزمه القصر على المتيقّن ثمّ على المختار لو كان الخيار فى الصّلح ما دام العمر بناء على جواز الجهالة فى الصّلح فالظّاهر انّه لا يورث لانقطاعه بالموت و عدم بقائه بعده فلا يصدق انّ الميّت ترك حقّا

قوله طاب ثراه كما فى (- ير-) (- اه-)

حيث قال لو جعل الخيار لأجنبيّ فمات فالوجه عدم سقوط الخيار بل ينتقل الى الوارث لا الى المتعاقدين انتهى و أراد بالوارث وارث الأجنبيّ المجعول له الخيار

قوله طاب ثراه أو الى المتعاقدين (- اه-)

اختار ذلك فى (- كرة-) حيث قال ان مات الأجنبى فى زمن الخيار ثبت الآن له اى العاقد انتهى المهمّ من كلامه

قوله طاب ثراه أو سقوطه كما اختاره غير واحد من المعاصرين (- اه-)

قال بذلك سيّدنا فى مفتاح الكرامة و فاضل المستند و غيرهما

قوله طاب ثراه و ربّما يظهر من القواعد (- اه-)

قال فى (- عد-) لو شرط المتعاقدان الخيار لعبد أحدهما ملك المولى الخيار و لو كان لأجنبى لم يملك مولاه و لا يتوقف على رضاه إذا لم يمنع حقّا للمولى فلو مات لم ينتقل الى مولاه و كذا لو مات الأجنبيّ المشروط له الخيار انتهى و انما سمّاه ظاهرا لا نصّا لأنّه انّما يدلّ بالمطابقة على عدم الانتقال الى وارثه و لا يدلّ على السقوط الّا بالالتزام من حيث انّ لازم عدم الانتقال الى وارثه هو السقوط

قوله طاب ثراه و من انّه حقّ لمن اشترط له (- اه-)

فيه انّ مجرّد كون الحق و الرّفق للمعاقد لا- يوجب انتقال الخيار اليه بعد دوران هذا الخيار مدار الاشتراط و (- أيضا-) فكون الحقّ لهما لا دليل على إيجابه الانتقال إليهما بحيث يخصّ به عمومات الإرث

قوله طاب ثراه و هذا لا يخلو عن قوّة (- اه-)

قلت الأقوى هو التفصيل بأنّه ان فهم من لفظ المشترطين للخيار خصوصيّة مباشرة الأجنبيّ للفسخ كان الحق هو السّقوط بموته و الّا كان الأظهر انتقاله الى وارثه لعموم النبوى (- ص-) الناطق بانتقال ما تركه الميّت من حق الى وارثه

قوله طاب ثراه لأجل الشكّ فى مدخليّة نفس الأجنبى (- اه-)

هذا التعليل لا يلائم مدّعاه لانّ مدّعاه قوّة القول بسقوط خيار الأجنبيّ بموته و الشكّ فى مدخليّة الأجنبى الموجبة لعدم انتقاله الى وارثه علّة لجريان أصالة عدم المدخليّة القاضية بالانتقال الى وارثه لعموم النبوى (- ص-) فالتعليل بذلك سهو من قلمه الشّريف

قوله طاب ثراه فيظهر من ذلك فساد الوجه المذكور نقضا و حلّا

امّا فساده نقضا فلمّا أشار إليه من الانتقاض بعبد الأجنبى و امّا فساده حلّا فلما أشار إليه حاكيا عنه (- ره-) من عدم توقّف اعمال العبد الخيار على اذن المولى و رضاه إذا لم يمنع حقّا للمولى و ان شئت تحقيق القول فى المسئلة ذكرنا لك مطالب الأوّل انّه لا خلاف و لا إشكال فى صحّة جعل الخيار للمملوك مع اذن المولى و رضاه بذلك ضرورة عدم كون عبارة العبد و تصرّفاته كعبارة المجنون و السّكران و تصرّفاته غير كاشفة عمّا فى الضّمير كشفا صحيحا بل قصور عبارته و تصرّفاته لمراعاة سلطنة المولى عليه فاذا رضى المولى زال المانع و امّا إذا لم يرض المولى و كان اعمال الخيار مزاحما و منافيا لحقّه و مفوّتا لخدماته الّتى هى على العبد لم يصحّ جعل الخيار له بلا خلاف (- أيضا-) و لا اشكال و انّما الخلاف و الإشكال فى انّه إذا لم يكن جعل الخيار له و اعماله الخيار منافيا لحقّ المولى فهل يصحّ جعل الخيار له أم لا وجهان بل قولان من عموم ما دلّ على جواز جعل الخيار لمن تراضى المتبايعان عليه و من انّ قابليّة المحلّ شرط فى صحّة الجعل و المملوك لا يقدر على شيء و اعمال الخيار شيء فلا يقدر عليه و إذا لم يقدر عليه كان جعل الخيار له بدون اذن المولى لغوا فان قلت ان ما نطق بعدم قدرته على شيء منصرف إلى الشيء المنافى لحق المولى و اعمال الخيار غير مناف لحق المولى فيخرج من تحت تلك الأدلّة و يبقى تحت عموم ما نطق بجواز جعل الخيار لمن تراضيا عليه بعد عدم كون العبد مسلوب العبارة قلت الانصراف المدّعى ممنوع لانّ منشئه عند التحقيق انّما هو غلبة الاستعمال الموجبة لانصراف الذّهن عند إطلاق اللّفظ فى نظر أهل العرف الى ذلك المعنى الشّائع و ليس الشّائع المنسبق الى الذهن من قوله تعالى لَا يَقْدِرُ عَلىٰ شَيْءٍ هو ما ينافى حقّ المولى مضافا الى انّ فى الأخبار ما يشهد بشمول الشيء المنفى القدرة عليه من العبد فى الآية لما لا ينافى حقّ المولى مثل ما ورد فى عدم قدرته على الطلاق من دون اذن المولى مثل الصّحيح الّذى رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن ابن ابى عمير عن ابن أذينة عن زرارة عن أبى جعفر و أبى عبد اللّه (- ع-) قالا المملوك لا يجوز طلاقه و لا نكاحه إلّا بإذن سيّده قلت فانّ السيّد كان زوّجه بيد من الطّلاق قال بيد السيّد ضرب اللّه عبدا مملوكا لا يقدر على شيء أ فشيء الطّلاق و صحيح شعيب العقرقوفى عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال سأل و انا عنده اسمع عن طلاق العبد قال ليس له طلاق و لا نكاح امّا تسمع اللّه تعالى يقول عَبْداً مَمْلُوكاً لَا يَقْدِرُ عَلىٰ شَيْءٍ قال لا يقدر على طلاق و لا نكاح إلّا بإذن مولاه الى غير ذلك من الأخبار لا يقال انّ الحق كما قرّرته فى مبحث نكاح الإماء من منتهى المقاصد هو التفصيل فى طلاق العبد بين ما إذا كانت زوجته امة المولى زوجها إياه و بالعقد و بين ما إذا كانت امة غيره أو حرّة بصحّة طلاق العبد فى الصّورة الثّانية و اختصاص عدم الصّحة منه بالصّورة الأولى جمعا بين الأخبار بشهادة خبر ليث المرادى قال سألت أبا عبد اللّه (- ع-) عن العبد هل يجوز طلاقه فقال إن كانت أمتك فلا ان اللّه (- تعالى-) يقول عبدا مملوكا لا يقدر على شيء و إن كانت

ص: ۱۸۶

امة قوم اخرين أو حرّة جاز طلاقه من دون اذن المولى و من المعلوم كون طلاقه لامة السيّد نوع تصرّف منه فى مال السيّد فأخبار كون الطلاق بيد السيّد بعد حملها على ما إذا كانت زوجته امة المولى لا تنافى ما ذكر من انصراف أدلّة عدم قدرته على شيء إلى الشيء المنافى لحق المولى لأنا نقول انّ كون طلاقه لامة المولى تصرّفا منه فى ماله ممنوع و لو سلّم فمنعه من النكاح بدون اذن المولى (- مط-) و منعه من طلاق زوجته الّتى هى أمة المولى (- مط-) كاف فى دفع الانصراف المزبور إذ لو كان ذلك صحيحا لكان اللازم قصر منعه من النّكاح بما إذا كان نكاحه منافيا لحقّ المولى و كذا إطلاقه مع انّهم أطلقوا المنع فى المقامين هذا و لكن الّذى يقتضيه التحقيق هو صحّة جعل الخيار للعبد لعموم ما دلّ على جواز جعل الخيار لمن تراضى عليه المتعاقدان بعد كون العبد غير مسلوب العبارة غاية ما هناك توقّف اعماله الخيار على اذن السيّد لكونه مملوكا لا يقدر على شيء و ذلك بمجرّده لا يمنع من جعل الخيار له بل لقائل أن يقول بصحّة فسخه أو إجازته من دون اذن المولى نظرا الى انّ غاية الأمر هو عصيانه و إثمه بتصرّفه فى نفسه من دون اذن السيّد لكن النّهى (- مط-) لا يوجب فى المعاملة الفساد خصوصا النهى الناشى من معصية السيّد (- فت-) الثّانى انّه إذا صحّ جعل الخيار للعبد امّا مطلقا على قول أو مع اذن السيّد على القول الأخر لم يكن ذلك الخيار للمولى و لم يكن للمولى اعمال الخيار من دون مراجعة العبد لانّ الشروط تتبع الالتزامات الصّادرة بالألفاظ فى ضمن العقود و جعل الخيار للعبد لا يدلّ عرفا على جعل الخيار للمولى بشيء من الدّلالات الثّلث و ما دلّ على انّما كان للعبد فهو لمولاه لا يشمل المقام لكون مورده الأموال و الحقوق الغير الرّاجعة إلى غيره و هنا الخيار و إن كان حقّا للعبد الّا ان للمتبايعين تعلّقا به كما لا يخفى الثالث انّ حال الخيار المجعول للحرّ الأجنبى فى انتقاله الى وارثه بموته و وارث العبد هو المولى فيجرى هنا ما قلنا به فى الأجنبى الحرّ

[و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار]

اشارة

قوله طاب ثراه و قد ذكر جماعة (- اه-)

بل عن بعض الأساطين نسبة الى الأصحاب مشعرا بدعوى الإجماع عليه و عن الغنية ففى الخلاف فى حصول الفسخ بتصرّف كلّ منهما فيما انتقل عنه إذا لم يكن دالّا على ارادة الفسخ فضلا عما لو علم منه عدم الدلالة أو كان الظاهر ذلك و حكى فى (- ط-) و (- ئر-) و ظاهر (- كرة-) الإجماع على حصول الفسخ بوطى البائع الأمة فى زمان الخيار و علّل تارة بأنّ هذا التصرّف لو لم يكن فسخا لكان حراما شرعا لوقوعه على ملك الغير على المشهور من انتقال المبيع بنفس العقد لا بانقضاء الخيار و الأصل فى فعل المسلم وقوعه على الوجه السّائغ الصّحيح فيكون فسخا و اخرى بأنّ الفسخ كما يحصل بالقول يحصل بالفعل و التصرّف كما يدل على الرضاء و الإمضاء فكذا يدلّ على الفسخ بل دلالته على الفسخ أقوى و أقول امّا أصالة الصّحة فيأتى فى كلام الماتن (- ره-) التكلم فيها إجمالا و امّا الوجه الثّانى فإن أراد به دلالة التصرّف المذكور على الفسخ عرفا المستلزم لعدم كونه فسخا فيما إذا لم يدلّ عليه فلا بأس به و يدور الأمر (- ح-) مدار الدلالة على الفسخ عرفا و ان أرادوا كونه فسخا تعبدا فمحلّ نظر كما نبّه عليه فى الجواهر (- أيضا-) تعلّقا بعدم الدّليل ان لم يكن إجماعا على الحاقه بالتصرّف الملزم بناء على السقوط به تعبّدا ثمّ أشار الى ردّ الوجهين المذكورين بقوله و دعوى الدلالة عليه كدلالته فى المنتقل اليه على الإمضاء يدفعها ما عرفت من عدم دوران السّقوط فى المقيس عليه على الدلالة و ليس فى الأدلّة ما يقتضى التعبّد هنا بل ليس فيها ما يقضى باعتبار غير مقطوع الدلالة عليه من الأفعال إلّا فحوى ما دلّ عليه فى الإمضاء و يمكن منعها ان لم ترجع الى التنقيح و منعه لعدم ان لم يكن إجماعا كما هو مفروض المسئلة ثمّ قال و امّا الاستدلال عليه بان هذا التصرّف لو لم يكن فسخا لكان ممنوعا منه شرعا لمصادفته ملك الغير على المشهور من الانتقال بنفس العقد و الأصل

فى تصرّفات المسلمين وقوعها على الوجه السّائغ الصّحيح فيكون فسخا كما ترى ضرورة عدم انحصار وجه الصّحة فى ذلك و لا يتمّ فى إجراء العقد خاصّية عليها و كون الفضولى على خلاف الأصل لا ينافى قدحه فى الدلالة على انّ المراد الفسخ به تعبّدا كالامضاء فلا تنقّح دلالته على عدم ارادة الفسخ به نعم لا بأس بذكر هذه الأمور مؤيّدة بعد دعوى الإجماع على الفسخ بكلّ ما لو وقع فى المنتقل اليه كان اجازة و يكون هو العمدة (- ح-) انتهى المهمّ من كلامه و أقول امّا على القول بكون التصرّف فى المنتقل اليه مسقطا للخيار إذا دلّ على الرضا و انّ صحيح ابن رئاب غير مسوق الّا لبيان السقوط حيث دلّ على الرّضاء فلا إشكال فى عدم انفساخ العقد بالتصرّف فى المنتقل عنه الّا حيث دلّ التصرّف المذكور على ارادة الفسخ لاستصحاب العقد بعد عدم الدليل على كون التصرّف المذكور مسقطا (- مط-) و امّا على القول بكون التصرّف المذكور مسقطا للخيار (- مط-) دلّ على الرّضا عادة أم لا تعبّدا شرعيّا فالأظهر (- أيضا-) عدم انفساخ العقد بالتصرّف المذكور الّا حيث دلّ على ارادة الفسخ لاختصاص دليل التعبّد الشّرعى بسقوط الخيار بالتصرّف فى المنتقل اليه و حمل انفساخ العقد بالتصرّف فى المنتقل عنه قياس لا نقول به الّا ان يدّعى الإجماع على اتّحاد ما يحصل به الإجازة و الفسخ كما استظهره الماتن (- ره-) لكن الإنصاف انّ فى تحقّقه نظر (- فت-) جيّدا

قوله طاب ثراه دلّ ذلك بضميمة حمل فعل المسلم على الصّحيح شرعا (- اه-)

فيه نظر ظاهر ضرورة انّ حمل فعل المسلم على الصحيح لا يفيد ارادته الفسخ إذ الصّحيح من التصرّف شرعا ما لم يكن محرما و كما ان حرمة تصرّفه فيما انتقل عنه ترتفع بالفسخ فكذا ترتفع بابتناء التصرّف على اطمينان المتصرّف برضا من انتقل منه اليه بتصرّفه فما دام احتمال ابتناء تصرّفه على الرّضا المتحصّل بشاهد الحال و نحوه موجودا لم يدلّ تصرّفه على فسخ العقد و خطائه فى استفادة الرّضا لو كان لا يرفع الصّحة الّتى هى هنا عبارة عن عدم حرمة التصرّف و أصالة عدم ابتناء تصرّفه على فهم الرّضا لا تثبت ابتنائه على فسخ العقد مع انها معارضة بأصالة عدم ابتنائه على قصد الفسخ الّا ان يجاب عن المعارضة بأنّ الأولى مؤثرة و الثانية بلا اثر و الأصل المؤثر مقدّم (- فت-) و مثل احتمال ابتنائه التصرّف على زعم الرّضا فى منعه من استفادة الفسخ من التصرّف احتمال ابتنائه على الغفلة عن انتقال المتصرّف فيه منه الى صاحبه و أصالة عدم الغفلة إنّما تنفى وقوع أصل الفعل غفلة عنه و امّا الغفلة عن الانتقال منه فلا تنفيه الأصل (- فت-) فظهر من ذلك كلّه انّ أصالة حمل فعل المسلم على الصّحيح لا تنفع فى المقام و من ذلك ظهر انّ جعل الماتن (- ره-) الأمر هنا أسهل من مسئلة دلالة التصرّف على الرّضاء لم يقع فى محلّه و انّ الأمر هنا أشكل لورود النصّ بدلالة الفعل على الرّضاء و عدم ورود نصّ بدلالته على الفسخ بل يمكن إبداء الفرق بين المقامين من وجه أخر و هو انّ الإجازة عبارة عن الرّضا بالعقد و إنفاذه بخلاف الفسخ فإنه حلّ للعقد و فكّ له و من البيّن كون استكشاف الرّضا بالعقد بالفعل أسهل من استفادة الفسخ منه فتدبّر

قوله طاب ثراه و هنا كلام مذكور فى الأصول (- اه-)

أشار بذلك الى ما ذكره فى كلماته الأصوليّة من المناقشة فى اخبار أصالة الصّحة بأنّ غاية ما يستفاد منها انّما هو تبرئة فعل المسلم من وقوعه على الوجه المحرّم و عدم تعمّده الفاسد و انّه لا دلالة فيها على لزوم حمل فعل المسلم على الصّحيح الواقعى فلاحظ ما ذكره

ص: ۱۸۷

هناك و تدبّر

قوله طاب ثراه كما صرّح به فی (- مع صد-) (- اه-)

قال فی القواعد و المجعول فسخا للبیع من البائع اجازة من المشتری لو أوقعه و الإجارة و التزویج فی معنی البیع انتهی و قال فی (- مع صد-) فی شرح الفقرة الثانیة من العبارة ما لفظه أمّا الإجارة فلأنها تملیک للمنفعة و الأصل فیها ان لا تکون فضولیّة و النّکاح لا یقصر عن الإجارة انتهی

قوله طاب ثراه و المراد بهذا الأصل الظاهر (- اه-)

لما کان أصالة عدم الفضولیّة معارضة بأصالة عدم الفسخ فسّر الأصل بالظاهر لدفع المعارضة لأنّ الظّاهر إن کان حجّة کان دلیلا فلا یعارضه الأصل مع انّه یندفع بتفسیر الأصل بالظّاهر اعتراض أخر عن الأصل و هو انّ أصالة العدم لیست أصلا برأسها عند جمع و عدم الفضولیّة مع وقوع العقد لا حالة سابقة لها لکن الإنصاف انّ أصل العدم أصل برأسها و مستنده بناء العقلاء حیث انّهم یرتّبون آثار العدم علی ما یشکون فی حدوثه نعم أصل تفسیر الأصل بالظاهر و تقدیمه علی الأصل محلّ نظر من حیث انّ هذا الظاهر لا دلیل علی حجیّته و لذلک فالأصل مقدّم علی الظّاهر عند التعارض

قوله طاب ثراه فهو حاکم علی أصالة عدم الفسخ (- اه-)

الضّمیر یرجع الی أصالة عدم قصد العقد عن الغیر و تذکیره باعتبار لفظ المراد المقدّر المدلول علیه بکلمة لو أرید و وجه الحکومة انّ الشکّ فی الفسخ ناش من الشکّ فی قصد العقد عن الغیر فضولا فاذا دفع هذا القصد بالأصل لم یبق شکّ فی الانفساخ فأصالة عدم الفضولیّة سببیّة مقدّمة علی أصالة عدم الفسخ المسببیّة هذا و لکن یتّجه علی التمسّک بأصالة عدم قصد العقد عن الغیر فضولا معارضة بأصالة عدم قصده عن نفسه و أصالة عدم ارادته بهذا الفعل الفسخ و أصالة عدم الفضولیّة انّما تکون سببیّته ان لو کان دلالة الفعل لو خلی و طبعه علی الفسخ مسلّما و انّی له إثباته

قوله طاب ثراه کما ذکره فی الإیضاح و (- مع صد-) (- اه-)

قال فی (- عد-) عقیب عبارته المزبورة آنفا و العرض علی البیع و الإذن فیه کالبیع علی اشکال انتهی و قال فی الإیضاح ما لفظه ینشأ من دلالتهما بالالتزام علی الالتزام بالبیع فیکون من البائع فسخا و لهذا یحصل بهما الرّجوع من الوصیّة و من انّها لا تقتضی إزالة الملک و لیست بعقود لازمة و من المحتمل صدورها عن تردّده فی الفسخ و الإجازة فهی أعمّ و لا دلالة للعام علی الخاص انتهی و علی منواله جری فی (- مع صد-)

[مسألة هل یحصل الفسخ بالتصرف أو قبله متصلا به]

اشارة

قوله طاب ثراه هل الفسخ یحصل بنفس التصرّف (- اه-)

تظهر الثمرة بین القولین فی حرمة التصرّف المذکور علی الأول لوقوعه فی ملک الغیر و حلّه علی الثانی لوقوعه علی العین بعد الانفساخ و عودها الیه و ربّما یظهر من صاحب الجواهر (- ره-) إنکار هذه الثمرة کما لا یخفی علی من لاحظ کلامه بطوله و حاصله دعوی اختصاص ما دلّ علی حرمة التصرّف فی مال الغیر بغیر اذنه بما لم یقارنه الملک من التصرّف فیبقی التصرّف المذکور مندرجا تحت الأصل و فیه منع الاختصاص الّذی ادّعاه فإنّه لا مخصّص لأدلّة حرمة التصرّف فیما للغیر فتدبّر

قوله طاب ثراه و ظهور اتفاقهم (- اه-)

عطف على قوله ظهور كلماتهم الّتى جعله منشأ للقول الأوّل و سينقل حجّتين أخريين لهذا القول عن التّذكرة عن بعض العامّة و ينقل جواب العلامة و الشهيد عنهما و ربّما احتجّ بعضهم بوجه أخر و هو ان سبق الملك على التصرف شرط فى حلّه و صحّته و عود الملك اليه هنا انّما يحصل بالتصرّف و لا سبب غيره لعود الملك سابق عليه فيقع التصرّف فى ملك الغير و يحرم و يمكن المناقشة فى ذلك بان سبق الملك شرط فى حلّ التصرّف لا فى إيجابه الفسخ و لا مانع من حرمة التصرّف و إيجابه الفسخ مع انه لا ملازمة بين عدم صدق الملك و بين حرمة التصرّف إذ قد يكون التصرّف لاستكشاف رضا المالك به على فرض حصول الفسخ به فتدبّر

قوله طاب ثراه و يمكن ان يحمل (- اه-)

قد يجعل هذا متمّما لوجه ثان بان يقال انّ الفسخ يحصل بالقصد المقارن بالتصرف فيتقدّم و يحصل الشرط و (- ح-) فقولهم بكون التصرّف فسخا محمول على كونه دالا عليه و ان لم يتحقق به

قوله طاب ثراه و الحكم فى باب الهبة و الخيار واحد (- اه-)

حيث انه (- قدّه-) حكم باتّحاد الحكم فى المقامين لزمنا نقل كلماتهم و استدلالاتهم هناك لتزداد بصيرة فى المقام فنقول انّهم اختلفوا فى صحّة بيع الواهب العين الموهوبة بالهبة الّتى يجوز الرّجوع فيها بعد اقباض العين على قولين أحدهما البطلان و هو خيرة (- ط-) و (- يع-) و محكى المهذّب و الجامع ثانيهما الصّحة و هو خيرة (- عد-) و (- شاد-) و (- لف-) و الإيضاح و (- مع صد-) و (- لك-) و محكى الحواشى و الكفاية و غيرها و ظاهر (- يع-) انّ به قائلا ممّن تقدّم عليه و لم نقف عليه و ربّما قرّر جماعة البحث بانّ البيع هل يكون فسخا لا غير أو فسخا و عقدا فاستقرب فى (- عد-) الثانى و الأوّل هو خيرة من أبطل البيع و ظاهره كصريح (- لك-) اتفاقهم على انّ الفسخ يحصل بذلك و انّما الخلاف فى صحّة البيع لكن ظاهر غاية المراد و غيره انّه لا إجماع على ذلك حيث قال انّه بناء على قول الشيخ (- ره-) يحتمل الفسخ و عدمه لعدم التصريح به حجّة القول ببطلان البيع مع حصول الفسخ به أمور الأوّل انّه بالقصد و القبض قد انتقل المال من ملك الواهب الى ملك المتّهب و إن كان انتقالا قابلا للزّوال بالفسخ فبيعه قبل الفسخ وقع فى ملك الغير فلم ينفذ و لا يقدح كونه دالّا على الفسخ لانّ غايته ان يكون فسخا موجبا لنقل الملك اليه لكن هذا الانتقال لم يحصل الّا بالبيع فيكون البيع واقعا قبل الانتقال ضرورة تقدّم السّبب على المسبّب فوقع على ملك الغير فلم يكن صحيحا و ردّ بأنّه إذا لم يصحّ العقد يلزم ان لا يحصل الفسخ عنده و انّ الجماعة يقولون انّ حصول الفسخ كاشف عن حصول الفسخ بالقصد إلى إيقاعه الثّانى و الثالث نظير ما سينقله فى المتن عن (- كرة-) عن بعض العامّة و ينقل الجواب عنهما و حجّة القول الثانى أمور الأوّل انّ العقد يدلّ على تحقّق ارادة الفسخ قبل العقد فيكشف العقد عن حصول الفسخ بالقصد اليه قبيل البيع و حاصله حصول الفسخ بالقصد من دون لفظ و فيه انّه كما ترى لا ينطبق على قواعدهم الدالّة على اعتبار اللّفظ فى الكشف عن المراد و كشف العقد لا يجدى بعد اعتبار كون الانكشاف قبل البيع حتى يكون من البيع فى الملك الثانى ما فى الإيضاح و (- مع صد-) و غيرهما من انّ ثبوت الفسخ فرع صحّة العقد فى نفسه لأنّه أثره فلو كان البيع فاسدا لم يترتب عليه أثره و هو الفسخ و زاد فى (- لك-) قوله مع الاتفاق على انّ الفسخ يحصل بذلك و انّما الخلاف فى حصولهما معا به ثمّ انّه تنظّر فى ذلك فى (- لك-) بمنع توقّف الفسخ على صحّة العقد بل على حصول لفظ يدلّ عليه و إيقاع البيع على هذا الوجه يدلّ على ارادة الفسخ فيقتضيه و ان تخلّفت صحّة البيع من حيث اشتراط تقدّم الملك عليه الثالث عموم ما دلّ على لزوم الوفاء بالعقود فإنّه يدلّ على صحّة البيع المذكور و فيه انّ العموم المذكور يخصّص بما دلّ على انّه لا بيع إلّا فى ملك و الفرض هنا عدم حصول الملك قبل البيع الرابع ما تمسّك به فى (- لك-) و جعله اولى من سابقيه من انّ القصد يدلّ على ارادة الفسخ و الغرض من الألفاظ المعتبرة فى العقود الدلالة على الرّضا الباطنى لأنّه هو المعتبر و لكن لما لم يمكن الاطلاع عليه نصب الشارع الألفاظ الصّريحة دالّة عليه و اعتبرها فى صحّة العقد كما نبّهوا عليه كثيرا فى أبوابه و (- ح-) فالعقد المذكور يدلّ على تحقق

ص: ۱۸۸

ارادة الفسخ قبل العقد فيكشف العقد عن حصول الفسخ بالقصد اليه قبل العقد أو نقول إذا تحقّق الفسخ بهذا العقد انتقلت العين الى ملك الواهب فكان العقد بمنزلة الفضولى و قد ملكها من إليه الإجازة فيلزم من قبله كما لو باع ملك غيره ثمَّ باعه أو باع ما وهبه ثمَّ ملكه و نحو ذلك و اولى بالجواز هنا لأن بائع ملك غيره قد لا يقصد بيعه على تقدير كونه مالكا له بخلاف هذا فإنّه قاصد الى البيع (- مط-) كما لا- يخفى الخامس ما تمسّك به فى الجواهر و جعله الأولى من باقى الأدلّة و هو إطلاق ما دلّ على الرّجوع الشامل للافراد الفعليّة و القوليّة و منها (- ح-) البيع و العتق و نحوهما إذ ليس المراد منه تصوّر معنى الفسخ و ادّعائه بل و لا تصوّر معنى الرّجوع و إنشائه و انّما المراد إيجاد ما يدلّ عليه أو يقتضيه من قول أو فعل و منه المفروض فيكون (- ح-) دالّا على صحّة البيع و لو بالتزام الاكتفاء فى اشتراط الملك فيه بنحو ذلك فيؤثّر عقد البيع (- ح-) فسخ ملك المتّهب و رجوع الملك الى الواهب و انتقاله عنه كما اثر عقد بيع الأب على ولده انتقالا من المشترى الى البائع و تحريرا لأنّه مقتضى الجمع بين لا عتق إلّا فى ملك و من اشترى أباه أعتق عليه و قلنا بكفاية الترتّب الذاتى عن الزّمانى جمعا بين الأدلّة و كذا فى المقام فإنّه بعد ان شرع الوجوب بالبيع لا محيص عن التزام ذلك كلّه فيه كما انّه بعد شرع الرّجوع بالوطى مثلا كان فعله سببا لفسخ الملك على المتّهب مثلا مقارنا لدخوله فى ملك الواطى لكن يقع الوطى فى ملك فلا- يكون اوّله محرّما و ثانية محلّلا- و المقام من هذا القبيل عند التأمل فلا وجه (- ح-) لهذه الإشكالات التى منها انّه لا- وجه لاقتضاء البيع صيرورة الملك لشخصين فى زمان واحد إذ ليس هو بأعظم من اقتضائه الملك و الخروج عنه فى زمان واحد فى صورة شراء الأب و الترتيب الذّاتى آت هنا بان يقال اقتضى الانفساخ الدخول فى ملك البائع انتهى ما فى الجواهر و أنت خبير بأن إطلاقات الرّجوع واردة مورد بيان مجرّد السّلطنة على الرّجوع و امّا ان الرّجوع بما ذا يحصل فلا تعرّض فيها له حتى يتمسّك بها و لو سلّم فإنّما تدلّ على حصول الفسخ بالبيع المذكور و امّا صحّة البيع فلا دلالة فيها عليه حتى يلتجئ الى الالتزام هنا بمثل ما التزموا به فيمن اشترى أباه من الملك انا ما على ما أطال به و بعبارة أخرى لما كان الانعتاق هناك فرع صحّة البيع كان مفاد دليل الانعتاق بالدلالة الالتزاميّة صحّة البيع انا ما بخلاف المقام فان حصول الفسخ لكشف فعله عن ارادة الفسخ و إيقاعه لا يتوقّف على صحّة البيع حتّى يستفاد من ذلك بالالتزام صحّة البيع السّادس ما فى الإيضاح من أنّه بأوّل جزء منه تنفسخ الهبة فيبقى المحلّ قابلا- لمجموع العقد و أنت خبير بأنّه ان أراد بأوّل جزء منه أوّل جزء من الإيجاب ففيه ان كلّ جزء من اجزاء الإيجاب محتاج إليه فى حصول النّقل و ان أراد بلفظ أو فعل سابق على الإيجاب خرج عن محلّ البحث لانّ الكلام فيما إذا وقع البيع من غير سابقة فاسخ أخر و الّذى يقتضيه التدبّر فى المقام انّ مجرّد الإقدام على البيع أعمّ من الفسخ لاحتماله الفضوليّة و (- ح-) فان لم توجد قرينة معيّنة لإرادة الفسخ من البيع فلا إشكال فى بطلان البيع و عدم حصول الفسخ و ان وجدت قرينة فامّا ان تكون بنفسها دالّة على الفسخ أم لا بل شاهدا على عدم ارادة الفسخ بالبيع فعلى الأوّل يحصل الفسخ قبل البيع و يصحّ البيع و على الثانى يحصل الفسخ بالبيع و لا يصحّ البيع إذ لا بيع إلّا فى ملك و حصول الفسخ بأوّل جزء منه و قد عرفت ما فيه فلا تذهل

قوله طاب ثراه و أجاب فى (- كرة-) عن الأوّل بمنع عدم صحة حصول الفسخ (- اه-)

يمكن الجواب بوجه أخر و هو انّ العقد هنا مفقود من أصله و ليس الّا الفسخ ضرورة انّ الفسخ ابطال للعقد الواقع فاذا بطل ذلك و ارتفع عادت الملكيّة السابقة من غير حاجة الى عقد فلا وقع للدّليل (- ح-)

قوله طاب ثراه و قد يستدلّ للصحّة (- اه-)

المستدل هو صاحب الجواهر (- ره-) و قد أشرنا إجمالا الى كلامه و ان شئت نقلنا لك كلامه بطوله لتكون على بصيرة قال (- ره-) انه إذا كان التصرّف بالانتفاع كالمسّ و التقبيل و الوطى و نحوها فيمكن القول بحصول الفسخ بها و انه مقارن للدّخول فى الملك من غير اثم تحكيما لما دلّ على انّ له الفسخ بأى فاسخ يكون المستفاد من نفس ثبوت الخيار له على ما دلّ على حرمة التصرّف فى مال الغير بحمله على ما لا يقارنه الملك من التصرّف خصوصا مع خفاء اندراج هذا الفرد فزمان الفسخ (- ح-) و الدخول فى الملك

و اللّمس واحـد و لاـ بـأس به الى ان قال بل يمكن القول به فى البيع و نحوه بناء على اعتبار سـبق الملك فيه و نحوه لعـدم الـدّليل بل مقتضـى إطلاـق الأدلّـة خلاـفه و قوله (-ع-) لاـ بيع إلّـا فى ملـك لا يقتضـى أزيـد من اعتبار أصل الملك فى البيع على وجه يشـمل المقارن فى مثل الفرض الّـذى هو من باب ترتّب المعلولات الغير المتنافيـة بعللها و إن كانت العلّـة فى وجود الجميع واحدة فيترتّب (-ح-) على التصرف الفسخ المقتضى لعود الملك للفاسخ المقتضى لانتقاله عنه إلى المشترى المقتضى للانعتاق لو فرض كونه أبا له ثمّ قال و ربّما يؤيّـده ما ذكروه فى الوكالـة من حصول عقـدها بالقبول فعلا من الوكيل بان يفعل ما وكّل فيه من تزويج أو بيع أو نحوهما فإنّ الوكالـة و البيع حصـلا بعلّـة واحـدة و الظاهر عـدم زيادة اعتبار الملك فى شـىء على اعتبار الوكالـة فيه فانّ بيع الوكيل و المالك سواء فى ذلك و بالجملة لا مانع من تسـلسل العلل المترتّب على كلّ منها معلولها و ان اتحد العلّة الأولى و لا يعقل حصول المعلومات المتنافيـة لعلّـة واحدة كما هو واضح ثمّ قال و ممّا يؤكّد المقام ظهور إرادة القائل بكون البيع فعلا فاسـخا الصّـحيح منه لا الفاسد الّذى يكون فسـخه من الدّلالة على إرادته لأنّه فسخ بالتصـرّف بل هو صـريح اسـتدلالهم على الفسخ بأصالة الصّـحة فى العقد انتهى و فيه ما مرّت الإشارة إليه عند نقل حاصل كلامه آنفا مضافا الى ما أورده عليه فى المتن

قوله طاب ثراه و توهّم انّ الفسخ إذا جاز (- اه-)

قد مرّ توضيح هذا التوهم و جوابه فى الوجه الخامس من حجج القول الثانى من مسئلة بيع الواهب العين الموهوبة الّتى تعرّضنا لها آنفا

[فرع حكم من اشترى عبدا بجارية فقال أعتقهما]

قوله طاب ثراه لأنّ الإجازة إبقاء للعقد (- اه-)

فى هـذا التعليل و ما ذكر (- قـدّه-) من الجواب نظر امّا الأوّل فلوضوح ان مجرّد كون عتق العبـد اجازة للعقـد لا يقتضـى تقديمه و امّا الثّانى فلان توقّف عتق كلّ منهما على عدم عتق الأخر لا يكون ردّا على من زعم تقدم عتق العبد

قوله طاب ثراه لان ملك أحدهما يستلزم خروج الأخر عن الملك

و من المعلوم انّ ترجيح أحدهما على الأخر ترجيح من غير مرجّح فيفسد العتقان جميعا ولى فيما اختاره تأمّل و اشكال و الذى يقتضيه النّظر عاجلاـ ان يقال انّا اما ان نقول بانّ المبيع يملك بنفس العقـد كما هو المشـهور أو نقول بأنّه يملك بانقضاء الخيار كما هو القول الأخر فعلى الأوّل فالأظهر صحّة عتق العبد لأنه قد ملكه بالعقد كما ملك البائع الجارية فعتقه على العبد وقع فى حال ملكه إيّاه و العتق مبنى على أدنى علقـة و التصـرّف فى زمان خيار الحيوان ملزم للعقـد بنصّ الروايـة الشاملـة بإطلاقها للفرض و لا مانع هنا من نفوذ عتق العبـد الّـا كون عتق الجاريـة فسـخا للبيع بالنّسـبة إليهـا و مانعيّـة مثـل ذلـك ممنوع لان دليل كون التصـرّف فيما انتقل عنه إن كان هو الإجمـاع فهو دليل لبّى لا حجّـة فيه هنا و إن كان المناط فهو منقّـح هنا و الأصل عـدم المانعيّـة فيبقى العتق بالنّسـبة الى ما يملكه و هو العبد نافذا ملزما للبيع و بالنّسبة إلى الجارية

ص: ۱۸۹

لغوا إذ لا عتق إلّا فى ملك و عتق مملوك و غير مملوك بصيغة واحدة غير فاسد بالنّسبة إليهما جميعا بل بالنّسبة الى غير المملوك خاصّة كما لا يخفى و على الثانى فيصحّ العتق بالنّسبة إلى الجارية دون العبد لما ذكر و فى المسئلة وجهان اخران أحدهما الرّجوع الى القرعة و تعيين المعتق به لعمومات القرعة الّا ان يناقش بان موردها هو المشكل ظاهرا المعلوم واقعا و هنا الإشكال من جهتين و فيه ما حققناه؟؟؟ غير مرّة من منع الاختصاص بالمورد المذكور و انّها تجرى فى المشكل ظاهرا و واقعا (- أيضا-) كما فى المال المشترك المقسوم نعم لا بأس بالمناقشة فيها بانّ التمسّك بها لوهنها بكثرة ورود التخصيص عليها مبنى على انجبار وهنها بعمل الأصحاب فى الموارد الخاصّة و لا قائل بها هنا ثانيهما إلزام الحاكم له بتعيين مراده من الفسخ و الإجازة و انعتاق من اقتضى الفسخ أو الإجازة ملكه له (- فت-)

[و من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار]

اشارة

قوله طاب ثراه و لكن خلاف الشيخ (- ره-) و ابن سعيد مبنى (- اه-)

قد ناقش هو (- ره-) فى هذا البناء بقوله بعد عدّة أسطر و يمكن ان يقال انّ قول الشيخ (- ره-) و من تبعه (- اه-)

قوله طاب ثراه نعم استشكل فيه فى (- لك-) (- اه-)

قال فى (- لك-) فى شرح قول المحقّق (- ره-) فى كتاب الرّهن من (- يع-) و يصحّ الرّهن فى زمن الخيار سواء كان للبائع أو للمشترى أولهما بانتقال الملك بنفس البيع على الأشبه انتهى ما لفظه مقتضى التعليل انّ الرّاهن هو المشترى بناء على انتقال الملك اليه و إن كان ثمّ خيار خلافا للشيخ (- ره-) حيث حكم بعدم انتقال الملك اليه لو كان الخيار للبائع أولهما و يشكل (- ح-) جواز رهن المشترى فى الصّورتين و ان قلنا بملكه لما فيه من التعرّض لإبطال حق البائع و مثله بيعه و ما أشبه من الأمور النّاقلة للملك و تحرير المسئلة يحتاج الى التطويل نعم لو كان الخيار له خاصّة فلا اشكال و يكون الرّهن مبطلا للخيار و كذا يجوز للبائع رهنه لو كان الخيار له أولهما و يكون فسخا للبيع انتهى

قوله طاب ثراه و ان شرحها فى (- الروضة-) بما لا يخلو عن تكلّف (- اه-)

قال فى اللّمعة بعد نفى صحّة رهن الوقف و رهن المصحف عند الكافر و رهن الطّير فى الهواء ما لفظه و يصحّ الرّهن فى زمن الخيار و إن كان للبائع لانتقال المبيع بالعقد على الأقوى و يصحّ رهن المرتدّ و لو عن فطرة الى أخر ما قال و قال فى (- الروضة-) مازجا و يصحّ الرّهن فى زمن الخيار لثبوت الثمن فى الذّمة و ان لم يكن مستقرّا و إن كان الخيار للبائع لانتقال المبيع الى ملك المشترى بالعقد على الأقوى لأنّ صحّة البيع تقتضى ترتيب أثره و لان سبب الملك هو العقد فلا يتخلّف عنه المسبّب و على قول الشيخ (- ره-) بعدم انتقاله الى ملك المشترى إذا كان الخيار للبائع أولهما لا يصحّ الرّهن على الثمن قبل انقضائه انتهى و ظاهر قوله فى الذيل لا يصحّ الرّهن على الثمن انّه فهم من عبارة اللّمعة انّ المراد بالرّهن فى زمن الخيار رهن البائع الثمن فى زمن الخيار و هو كما ترى إذ عليه كان اللازم ابدال البائع بالمشترى و المبيع بالثمن و المشترى بالبائع بأن يقول و إن كان الخيار للمشترى لانتقال الثمن الى ملك البائع بالعقد (- اه-) و ذلك لانّ الفرد الأخفى يؤتى به جملة وصليّة و ليس جواز رهن البائع الثمن عند كون الخيار له بأخفى من رهنه فى صورة كون الخيار للمشترى بل الأمر بالعكس لانّ رهن غير ذى الخيار إذا جاز مع تسلّط صاحبه على فسخ العقد و حلّ الرّهن كان جواز رهن ذى الخيار الذى لا خيار لصاحبه أولى بالإذعان و (- أيضا-) لو كان مراد ثانى الشهيدين (- ره-) هنا بالرّهن رهن الثمن لم يناسبه التّعليل بثبوت الثمن فى الذّمة بل هذا التعليل يناسب رهن المشترى المبيع و حاصل العلّة انّه حيث ثبت فى ذمّة

الثمن كان له رهن المبيع المنتقل إليه فى قبال الثمن فكون مراد الشهيد الثانى (- ره-) بانّ من رهن المبيع الثمن غير معلوم حتى يتوجّه الإشكال عليه من خصوص التّعليل الذى فى كلامه و التعليل الّذى فى عبارة اللّمعة و امّا ما فى ذيل عبارة (- الروضة-) فهو و إن كان يشهد بكون مراده بالرّهن فى الصّدر رهن الثمن الّا انّ حمله على سهو القلم و انه محرف المثمن أهون من الالتزام بارتكاب التعليلين الغير الصّحيحين فلا وجه (- ح-) لما صدر من سلطان العلماء (- رض-) من إبقاء كلمة الثمن على ما هى عليه و الاعتراض على (- الروضة-) بعدم صحّة الوصل و لا التّعليل حيث قال الظاهر انّ المراد رهن المشترى للمبيع فى زمن الخيار كما يظهر من الوصل و التعليل فان كون الخيار للبائع يؤثّر فى تزلزل المبيع فى يد المشترى فيكون فردا خفيّا للمسئلة الحاكمة بجواز رهن المبيع و على ما شرحه الشارح كان الفرد الخفى هو ما كان الخيار للمشترى فإنّه هو الموهن بعدم لزوم دين على المشترى و خيار البائع لا دخل له فى ذلك إلّا بالواسطة فلا يكون فردا خفيّا و امّا التعليل فلانه على ما شرحه الشارح كان المناسب للتّعليل ان يقال لثبوت الثمن فى ذمة المشترى بالعقد (- فت-) انتهى و لعلّه الى ما ذكره أشار الماتن (- ره-) بالتكلّف لكن الصّحيح ما ذكرنا فتدبّر

قوله طاب ثراه بل لعلّ القول بعدم الانتقال منشئه (- اه-)

فى كون ذلك منشئه تأمّل فتدبر

قوله طاب ثراه و قيل بانفساخه (- ح-) من حينه (- اه-)

قد تحصل من الماتن (- ره-) الى هنا نقل أقوال أحدها عدم الجواز (- مط-) و هو خيرة (- ط-) و من وافقه ثانيها الجواز (- مط-) استظهره من عبارة (- يع-) فى كتاب الرّهن ثالثها الفرق بين الخيارات الأصليّة و الخيارات المجعولة بالشرط بالجواز فى الأولى و المنع فى الثانية يظهر الميل اليه أو القول به من الماتن (- ره-) رابعها الفرق بين العتق و غيره من التصرّفات بنفوذ العتق دون التصرّفات الأخر استظهره من كلمات بعضهم خامسها الفرق بين الإتلاف و التصرّفات الناقلة بالمنع من الأوّل و تجويز غيره لكن مع انفساخه من أصله عند فسخ ذى الخيار سادسها هو القول الخامس مع الانفساخ من حينه

قوله طاب ثراه حجّة القول بالمنع (- اه-)

قلت و حجّة القول الثّانى هى عموم ما دلّ على تسلّط الناس على أموالهم لأنّ محلّ النزاع انما هو تصرّف من انتقل اليه العين من غير خيار له مع الخيار لصاحبه و لا يمنع من التعلّق بالعموم ما ذكر فى تقرير حجّة القول الأوّل ضرورة انّ شيئا من الإتلاف و التصرّفات الناقلة لا يوجب سقوط الخيار بعد إمكان الرجوع الى البدل بالفسخ فان قلت انّ حقّ الخيار متعلّق بالعين بخصوصها بالتقريب المزبور فى حجّة الأوّل فاتلافها إتلاف لهذا الحقّ و ان انتقل الى بدله لو تلف بنفسه كما انّ تعلّق حقّ الرّهن ببذل العين المرهونة بعد تلفها لا يوجب جواز إتلافها على ذى الحقّ قلنا انّ تعلّق الحق بالعين بخصوصها ممنوع و الاستشهاد له بحكمهم بسقوط الخيار عند وقوع التصرّف الناقل بإذن ذى الخيار ساقط أمّا أوّلا فلمنع ابتناء حكمهم ذلك على كون حق الخيار متعلّقا بالعين بخصوصها بل هو مبتن على دلالة نفس الإذن بالتصرّف الناقل عرفا التزاما على إسقاط الخيار و امّا ثانيا فلانّ حكمهم بذلك لا يثبت الحقّية بل لنا على فرض تسليم انحصار دليله فى تعلّق الحقّ بالعين بخصوصها منع حكمهم أيضا و يزداد ما ذكر من عدم تعلّق حقّ الخيار بالعين بخصوصها وضوحا بملاحظة قول الماتن (- ره-) فى وجه النّظر فانّ الثابت من خيار الفسخ (- اه-) و حجّة القول الثالث ما أشار إليه (- المصنف-) (- ره-) بقوله فالجواز لا يخلو عن قوّة فى الخيارات الأصليّة إلى قوله كما لا يخفى و فيه منع اقتضاء الظهور المذكور الّذى هو نوعى اشتراط البقاء بل (- ح-) يتبع الموارد فمتى ما ظهر الاشتراط فى مورد شخصى ظهورا عرفيّا فى اشتراط إبقاء العين لم يكن للآخر التصرّف فيه بالإتلاف و النّقل لكن ذلك ممّا يلتزمه به جميع أرباب الأقوال لعموم المؤمنون عند شروطهم بعد شمول

ص: ۱۹۰

الشرط للشرط المدلول عليه بالالتزام و اين ذلك من الكليّة المدّعاة هذا مضافا الى انّ المنافى لاسترداد العين عند الفسخ انّما هو الإتلاف لا التصرّف النّاقل فإنّه غير مانع من ردّ العين (- مط-) بل فيما إذا كان عتقا أو وقفا أو بيعا لازما فلا تذهل و حجّة القول الرّابع امّا على عدم جواز غير العتق من الإتلاف و التصرّفات فحجّة الأوّل و امّا على الجواز فى العتق فهى بنائه على التغليب فإنّه ليس بأبلغ من عتق بعض العبد المشترك فإنّه ينفذ فى حصّة شريكه فكذا فى المقام و فيه انه إن كان عموم تسلّط النّاس على أموالهم محكما فليحكم (- مط-) و الّا فلا دليل على النفوذ كما إذا أعتق ملك غيره أو أعتق الصّبى أو المجنون أو المفلس فإنّه لا يمضى و النّفوذ فى حصّة الشريك مع انّه للنصّ و القياس لا اعتماد عليه مع انّه قياس مع الفارق لانّ العتق فى البعض قد تنجّز لملكه إيّاه و جواز تصرّفه فيه فيسرى فى البعض الأخر و هنا قد بنى المنع فى غير العتق على حجره من التصرّف (- مط-) فالفرض كما إذا أعتق أحد الشريكين المحجور عليه حصّته من العبد فإنه لا أظن أحدا يلزم بنفوذه بل لا ينفذ قطعا و حجّة القول الخامس امّا على المنع من الإتلاف فحجّة الأوّل و امّا على الجواز فى التصرّفات فهى عدم منعها من نقل العين لانّ البيع متزلزل بعد فاذا فسخ ذو الخيار انفسخ البيع الثانى و عاد المال الى صاحبه الثانى ثمّ الى صاحبه الأوّل كما إذا باع احد مال غيره معتقدا كونه له ثمّ ظهر انه لغيره و لم يجز المالك الواقعى البيع فانّ البيع ينفسخ و يعود المال الى صاحبه و قد أشار الى تتمة ذلك و جوابه الماتن (- ره-) بقوله عدى ما يتخيّل من ان تملّك العاقد الثّانى مبنىّ على العقد الأوّل و حجة القول السّادس اما على ما عدى كون الانفساخ من حين الفسخ فحجّة الخامس و امّا على كون الانفساخ من حين فسخ العقد الأوّل فهى انّ مقتضى الفسخ هو تلقّى كلّ من العوضين من ملك كلّ من المتعاقدين فلا يجوز ان يتلقّى الفاسخ الملك من العاقد الثانى بل لا بدّ من انفساخ العقد الثانى بفسخ الأوّل و رجوع العين الى ملك المالك الأوّل ليخرج منه الى ملك الفاسخ و دعوى انّ ملك العاقد الثّانى إلى وقت الفسخ فتلقى الفاسخ الملك بعد الفسخ من العاقد الأوّل مدفوعة بعدم معروفية التملك الموقت فى الشرع و أقول لا يخفى عليك سقوط ذلك كلّه بعد ما عرفت من كون الاشتراء بفسخ ذى الخيار كان لم يكن و كشف فسخه عن بطلان البيع أو الشّراء من أوّل الأمر الّا ان يجاب بما مر فيجاب بمنع انفساخ العقد بعد إمكان الرجوع الى البدل اعنى المثل فى المثلىّ و القيمة فى القيمى فظهر من ذلك كلّه انّ القول الثانى أقرب و اللّه العالم

قوله طاب ثراه و هو اللائح؟؟؟ (- اه-)

لا يخفى عليك عدم خلوّ العبارة من الرّكاكة لكون هذه الجملة جملة مستقلّة فاصلة بين المستثنى و المستثنى منه اعنى قوله فلا داعى و قوله عدى ما يتخيّل و لو أبدل العبارة بقوله كما هو اللّائح لكان أهون

قوله طاب ثراه امّا فيما نحن فيه فانّ العين ملك للعاقد الثّانى (- اه-)

هذا انّما يتمّ فيما إذا كان العقد لازما و امّا إذا كان جائزا فعدّ ذلك تعذّرا لا دليل عليه فيبقى دليل عود الملك بالفسخ إلى الأوّل و تسلّط الناس على أموالهم محكما

[فرعان الأول هل يمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذى الخيار من العين]

قوله طاب ثراه كالعلّامة فى (- عد-) (- اه-)

قد قال بذلك هو فى (- لف-) و (- ير-) و الحلّى فى (- ئر-) و الفخر فى الإيضاح (- أيضا-) نظرا الى الأصل بعد حصول الملك بنفس العقد و عموم تسلّط الناس على أموالهم ثمّ ان حملت انتقل إلى القيمة مع فسخ ذى الخيار كما هو خيرة (- ير-) و الإيضاح و (- مع صد-) و ظاهر (- ئر-) و (- لف-) و كنز الفوائد و غيرها على ما حكى عن بعضها لمكان الجمع بين الحقوق فيسقط حقّ البائع من العين و يكون له أخذ القيمة لأنّ أمّ الولد لا يجوز بيعها و حق البائع من الخيار لا يجوز إسقاطه و احتمال أخذ العين لسبق حقّه على الاستيلاد ضعيف و فى مفتاح الكرامة انه يتعلّق بوطى المشترى (- ككك-) أحكام ستّة ثلثة منها لا تختلف باختلاف الأقوال و ثلثة

تختلف امّا ما لا یختلف فسقوط الحدّ و نصب الولد و حرّیته لأنّ الوطی صادف ملکا أو شبهة فدرء الحدّ و ثبت النّسب و الحریّة و امّا التی تختلف فالمهر و قیمة الولد و کونها أمّ ولد و امّا حلّ الوطی و عدمه فیجیئان علی القولین کما عرفت فإن أجاز البائع البیع و قلنا الملک یثبت بالعقد فقد صادف الوطی الملک فلا مهر و لا قیمة ولد و تصیر أمّ ولده و ان قلنا انّما ینتقل بانقضاء الخیار و العقد معا فقد وطأ فی ملک البائع فیجب المهر و فی قیمة الولد وجهان بناء علی القولین فی انّ الحمل هل له حکم أم لا فان قلنا به وجب لانّ العلوق کان فی ملک البائع و ان قلنا لا حکم له لم یجب بل یوضع فی ملک المشتری و فی الاستیلاد وجهان و ان فسخ البائع العقد فان قلنا انّ الملک ینتقل بالعقد لا یجب المهر و تصیر أمّ ولد و یضمن قیمتها لا ثمنها و ان قلنا انّ الملک لا ینتقل بالعقد فقد صادف الوطی ملک البائع فیجب المهر و قیمة الولد و لا تصیر أمّ ولد الّا ان تنتقل إلی المشتری بسبب أخر فالقولان

[الثانی هل یجوز إجارة العین فی زمان الخیار بدون إذن ذی الخیار]

قوله طاب ثراه و من ابطال هذا التصرّف (- اه-)

فیه منع إبطاله السّلطنة أبدا بل فی زمان الإجازة خاصّة و ذلک غیر ضائر و الّا لا وجب عدم صحّة بیع العین الماجورة فالوجه الأوّل هو الأظهر و اللّه العالم

قوله طاب ثراه ثمّ انه لا إشکال فی نفوذ التصرّف بإذن ذی الخیار (- اه-)

التصرّف فی العبارة بإطلاقه یشمل التصرّف المخرج عن الملک و المغیّر للعین و غیره و هو کما تری محلّ منع نعم ظاهر قوله و امّا لانّ التصرّف (- اه-) هو التصرّف المخرج عن الملک و المغیّر للعین و علیه فالأمر سهل و تدبّر

قوله طاب ثراه و لو اذن و لم یتصرّف (- اه-)

هذا الخلاف مبنی علی اختلاف المسلک فی الحکم بلزوم البیع بالإذن للغیر فی التصرّف فمن استند الی الوجه الأوّل أعنی دلالة الاذن علی الالتزام بالعقد عرفا لم یفرّق بین تصرّف المأذون و عدمه و من استند الی الوجه الثانی خصّ لزوم البیع بصورة لحوق التصرّف لعدم تحقّق تفویت محلّ الحق الّا بعد التصرّف کما لا یخفی

[مسألة المشهور أن المبیع یملک بالعقد و أثر الخیار تزلزل العقد]

قوله طاب ثراه المشهور انّ المبیع یملک بالعقد (- اه-)

هذا هو خیرة (- ط-) و (- ئر-) و (- یع-) و (- فع-) و (- عد-) و (- لف-) و (- شاد-) و الإیضاح و التنقیح و (- مع صد-) و (- لک-) و محکی (- یر-) و جواهر الفقه و کنز الفوائد و کشف الرموز و نقد الشرائع و المعالم و تعلیق (- شاد-) و غایة المرام و تلخیص (- ف-) و غیرها بل نسبه فی التنقیح الی المحقّقین من الأصحاب و فی غایة المراد انه المنصور عند المتأخرین و فی الرّیاض انه الأشهر و فی محکی کشف الرّموز انّه الأظهر بین الأصحاب و علیه العمل و فی (- لک-) و مجمع الفائدة تارة کالإیضاح و المهذّب البارع و الکفایة و المستند و محکی (- مع صد-) و المقتصر و الکشف انّ علیه الأکثر و اخری کالتذکرة و (- ئق-) و محکی غایة المرام و تعلیق (- شاد-) انّه المشهور بین الأصحاب بل عن ظاهر (- ئر-) هنا و صریحه فی باب الشفعة الإجماع علیه

قوله طاب ثراه و حکی المحقّق و جماعة (- اه-)

امّا نسبة الحکایة إلی جماعة ففی محلّها فانّ ممّن نسب ذلک الی الشیخ (- ره-) هو العلّامة (- ره-) فی (- لف-) و الفاضل المقداد فی التنقیح بل فی غایة المراد انّ المشهور نسبة ذلک الی الشیخ (- ره-) و امّا نسبة الحکایة إلی المحقّق فلم أجد لها مستندا لخلوّ ما عثرنا علیه من کتب المحقّق عن ذلک و العجب من سیّدنا فی مفتاح الکرامة حیث نسب حکایة ذلک عن الشیخ (- ره-) إلی الشرائع و (- فع-) مع انّ الکتابین خالیان عن تسمیة القائل و انّما المذکور فیهما قول مجهول للقائل و لعلّه أراد فیهما به الإسکافی و قد صدر

هذا الاحتمال من

ص: ۱۹۱

شیخ (- لک-) حیث قال فی شرح قول المحقّق المبیع یملک بالعقد و قیل به و بانقضاء الخیار (- اه-) انّه یظهر من ابن الجنید إطلاق القول بذلک فلعلّ القول المحکی یعنی فی المتن اشارة الیه انتهی

قوله طاب ثراه فیوافق المشهور (- اه-)

قد سبقه فی المیل إلی إثبات موافقة الشیخ (- ره-) فی الأکثر سیّدنا فی مفتاح الکرامة و ما فی المتن تلخیص لکلامه و حیث انّ مرجع ما ذکره الی الحدث و التخمین و أخذ کلامه فی موضع من الکتابین شاهدا علی مراده فی الموضع الأخر و ذلک ممّا لا معنی له سیّما فی کلمات الشیخ (- ره-) المختلف کلامه فی مبحث واحد فضلا عن مبحثین أعرضنا عن تطویل المقال بنقل ما صدر منه و ان شئت فراجعه

قوله طاب ثراه لکن النّسبة لا تخلو عن تأمّل لمن لاحظ باقی العبارة (- اه-)

تمام العبارة کما فی کتاب المفلّس من (- ط-) هکذا و إذا باع عینا بشرط خیار ثلثة أیّام ثمّ أفلسا أو أحدهما قیل فیه ثلثة أوجه أحدها یجوز للمفلّس منها اجازة البیع لانّ ذلک لیس بابتداء ملک و الملک قد سبق بالعقد المتقدم و الثانی انّ له اجازة البیع إذا کان حظّه فی الإجازة أو ردّه إذا کان حظّه فی الردّ دون الإجازة و امّا أن یجیز و الخطّ فی الردّ فلا لانّه محجور علیه فممنوع من التصرّف الّا فیما فیه مصلحة لمال أو حظ و الثالث انّ هذا مبنیّ علی انّه متی ینتقل الملک الی المبتاع إذا کان فی العقد شرط خیار الثلاثة فمن قال ینتقل بنفس العقد قال له الإجازة و الفسخ و من قال لا ینتقل الملک الّا بانقطاع الخیار لم یجز إمضاء البیع و من قال انتقال الملک موقوف فإن أجاز البیع تبیّنا انّ الملک انتقل بالعقد فإنّه لا یجوز له الإجازة و یکون بمنزلة من یقول ینتقل الملک بانقطاع الخیار لانّ بفعله یتبیّن انتقال الملک فکان ممنوعا منه و الأوّل أصحّ الوجوه انتهی و وجه تأمّل (- المصنف-) (- ره-) فی النّسبة بعد ملاحظة ذیل العبارة انّه قابل الوجه الأوّل بالوجه الثالث و حیث انّ وجه الثالث هو بناء الحکم علی انّ الملک متی ینتقل إلی المشتری هو صحّة الوجه الأوّل (- مط-) سواء قلنا بالانتقال بنفس العقد أو بعد انقضاء الخیار أو وقوف العقد فلا یدلّ تصحیحه الوجه الأوّل علی اختیاره حصول الملک بنفس العقد لکن فیه ان تعلیله الوجه الأوّل بعدم کون ذلک ابتداء ملک و ان الملک قد سبق بالعقد المتقدّم یکشف عن اختیاره حصول الملک بنفس العقد و الّا لم یکن للتّعلیل به وجه غایة ما هناک انه یتّجه علیه الاعتراض بأنّه لا وجه لمقابلة الوجه الأوّل المعلّل بحصول الملک بنفس العقد بالوجه الثالث المبنی علی التفصیل فی زمان انتقال المال إلی المشتری کما لا یخفی

قوله طاب ثراه و قد تقدّم حکایة التوقّف عن ابن الجنید (- اه-)

ان أراد بالتوقف المتقدّم حکایته عن الإسکافی القول بتوقّف الملک علی انقضاء الخیار لا التوقّف عن الفتوی کما هو ظاهر العبارة فی بدو النّظر ثمّ انّ المتحصّل فی المسئلة أقوال أحدها القول المشهور اعنی حصول الانتقال بنفس العقد ثانیها الانتقال بانقضاء الخیار و هو خیرة الإسکافی ثالثها الانتقال بنفس العقد فیما إذا کان الخیار لهما أو للبائع وحده و الانتقال بانقضاء الخیار إذا کان الخیار للمشتری وحده مع زواله عن ملک البائع بنفس العقد رابعها التفصیل بین خیار العقد و خیار الحیوان بالانتقال بنفس العقد فی الأوّل و بانقضاء الخیار فی الثانی و هو الّذی مال الیه أو قال به الفاضل الخراسانی فی الکفایة و المحدّث البحرانی فی (- ئق-) و سیذکر الماتن (- ره-) حجّة القولین الأوّلین و امّا الثالث فلم نقف له علی حجّة و کفاک فی ضعفه ما أشار إلیه الشهید (- ره-) فی غایة المراد بقوله بعد نقله انّ هذا الکلام یشمّ منه التناقض استسلافا لکون الملک لا یخلو عن مالک و لا مالک غیرهما قطعا و قد صرّح بزوال ملک البائع مع الحکم بعدم انتقاله إلی المشتری مع انّه إذا لم ینقل الیه کان ملکا للبائع زائلا غیر زائل و ملک المشتری ثابتا غیر ثابت و انّه تناقض ثمّ حکی الجواب بانّ الموقوف هو الملک المستقرّ ثمّ ردّه بأنّه یصلح تأویلا للکلام الأوّل فیرتفع الخلاف و امّا القول الرابع فقد احتجّ له فی (- ئق-) بأنّ الأخبار مختلفة بالنّسبة إلی اختلاف الخیارات ففی بعضها ما یوافق المشهور و فی بعض أخر ما یوافق القول الأخر قال فمن الأخبار الدالّة علی الأوّل الأخبار الواردة فی خیار الشّرط و قد تقدّمت کموثقة إسحاق بن عمّار و روایة

معاوية بن ميسرة فإنّهما صريحتان فى كونه زمن الخيار ملكا للمشترى و انّه لو تلف فى تلك المدّة كان من ماله و عليها يحمل ما أطلق من اخبار المسئلة و يؤيّده (- أيضا-) انّ المتبايعين أقدما على ان يكون المبيع للمشترى و انّما شرطا خيارا فى مدّة معيّنة فالبيع على اللزوم كما هو مقتضاه و ليس للبائع إلّا مجرّد الخيار و من الأخبار الدّالة على القول الأخر صحيحة ابن سنان المتقدّمة فى خيار الحيوان الدالّة على انّه إذا اشترى الدابّة أو العبد و اشترط الى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدّابة أو يحدث فيه حدث فضمان ذلك على البائع حتى ينقضى الشرط و يصير المبيع للمشترى فإنّها ظاهرة فى عدم الملك للمشترى و إن كان الأصحاب حملوها على استقرار الملك ثمّ ساق موثق عبد الرّحمن و رواية عبد اللّه بن الحسن المزبورات فى خيار الحيوان ثمّ قال و هى ظاهرة كما ترى فى انّ موت الحيوان فى الشرط من البائع الّا ان يلتزم المشترى بالبيع المسقط للخيار ثمّ قال و بالجملة فأخبار خيار الحيوان كما ترى مشتركة فى ان تلفه مدّة الخيار من مال البائع فهى خلاف ما عليه القول المشهور من انّ المبيع ملك المشترى الموجب لكون التلف من ماله و خلاف ما تقدّم من نقله عن الشيخ (- ره-) الى ان قال انّ الأولى و الأليق هو الوقوف فى كلّ حكم على ما يقتضيه النصوص المتعلّقة بذلك الحكم و عدم الوثوق بهذه القاعدة التى يؤسّسونها انتهى و أقول ما ذكره (- قدّه-) و إن كان غارا للنّاظر ابتداء لكنّ التّأمّل الصّادق أوضح شاهد على فساده ضرورة انّه إذا كان أفتى فى خيار الشرط بحصول الملك من حين العقد نظرا الى الأخبار الدالة على كون التلف فى زمان خيار الشّرط من المشترى و افتى فى خيار الحيوان بحصول الملك بانقضاء الخيار عروجا على الأخبار الّتى ساقها فبما ذا يجيب عمّا تضمّنه صحيح ابن سنان من كون التلف على البائع فى خيار الشّرط (- أيضا-) حيث قال عليه السّلام و إن كان بينهما شرط أيّام معدودة فهلك فى يد المشترى فهو من مال البائع فكأنّه (- ره-) غفل عن ذلك ففصّل بين خيار الحيوان و خيار الشرط و التحقيق انّ التّلف له أحكام خاصّة وقع الاتفاق منهم على تلك الأحكام مع خلافهم هنا فأخبار كون التّلف على المشترى لا دلالة فيها على القول الأوّل كما انّ اخبار كون التّلف على البائع لا دلالة فيها على القول الثّانى و امّا صحيح الحلبى الآتى فسيأتى إنشاء اللّه تعالى الجواب عنه

قوله طاب ثراه و أكل المال إذا كانت تجارة (- اه-)

قد استدلّ بهذه الآية فى الإيضاح و التنقيح و غيرهما (- أيضا-) بتقريب انّه (- تعالى-) علّق اباحة التصرّف على التجارة عن تراض فلو لم يكن يفيد الملك لما جاز التعليق عليه و ردّه فى المستند بمنع الملازمة بين تعليق الملك عليه و بين افادته الملك و فيه انّ الآية صريحة فى حلّ الأكل و التصرّف إذا كان التجارة عن تراض و لا نعنى بالملك الّا ذلك

قوله طاب ثراه مما ظاهره كون العقد علّة تامّة (- اه-)

لو لا هذا الاستظهار لكان يمكن ردّه بانّ الخصم لا ينكر حلّ البيع بل يقول انّ البيع لا يحصل الّا بالعقد و انقضاء الخيار جميعا

قوله طاب ثراه و يدلّ عليه لفظ الخيار (- اه-)

لعلّ نظره فى ذلك الى انّ الخيار ليس الّا تسلّط ذيه على

ص: ۱۹۲

فسخ الملک و ردّه فلو لا انّ الملک قد حصل بالعقد لم یکن للفسخ محلّ و علی هذا فجمیع اخبار الخیارات تدلّ علی المطلوب

قوله طاب ثراه و ربّما یتمسّک بالأخبار الواردة فی الغنیة (– اه–)

قد ذکرنا سابقا انا نبیّن معنی الغیبة فی أواخر مبحث النقد و النسیة فی شرح خبر الحسین بن المنذر ثمَّ ان سیّدنا العاملی قد تمسّک فی مفتاح الکرامة بطوائف أخر من الأخبار فمنها اخبار خیار التأخیر المشتملة علی انّه ان جاء قبل الثلاثة فله بیعه و الّا فلا بیع له و منها الأخبار الدالّة علی سقوط الخیار بالخطوة و التفرق فإنه یدلّ علی حصول الملک و البیع قبله و انّما یجب بعده و منها مفهوم الأخبار الدالّة علی انّ کلّ مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه من دون تقیید بمضیّ زمن الخیار و أنت خبیر بإمکان المناقشة امّا فی الطائفة الأولی فبأنّ استحقاق البائع للمبیع بتأخیر المشتری اقباض الثمن عن الثلاثة لا یدلّ علی المطلوب بوجه من وجوه الدلالة و امّا فی الثانیة فبأنّه لیس فی الأخبار لفظ السقوط کی یستظهر منه الثبوت قبله و (– أیضا–) فثبوت الخیار قبل التفرّق غیر ثبوت الملکیّة قبله و امّا فی الثالثة فبأنّ کون التلف بعد القبض من المشتری الذی هو مفهوم تلک الأخبار و منطوق غیرها و إن کان یقتضی الملکیّة الّا انّ تقیید کون التلف بعد القبض من المشتری بما إذا کان الخیار للبائع کما یأتی بیانه عند التعرّض لتلک المسئلة یوهن ذلک لاستلزامه التفصیل فی حصول الملک بالعقد بین ما إذا کان الخیار للبائع أو للمشتری هو خرق للإجماع المرکب و (– أیضا–) یعلم من التأمّل انّ احکام التّلف أحکام خاصّة لا تنضبط بقاعدة

قوله طاب ثراه مثل صحیح یسار بن یسار (– اه–)

قد أورد (– قدّه–) هذه الروایة فی أواخر مبحث النقد و النّسیة فی مسئلة بیع العین الشخصیّة المشتراة نسیئة من بایعه قبل حلول الأجل و ذکرنا هناک انّ الصحیح بشار بن یسار لا یسار بن یسار فراجع

قوله طاب ثراه فانّ فی ذیلها دلالة (– اه–)

وجه الدّلالة انّه (– ص–) نفی کون البقر و الغنم و المتاع بقرة و غنمه و متاعه و نفی ذلک یدلّ علی انّه بقر من اشتراه منه و غنمه و متاعه و لو کان حصول الملک موقوفا علی انقضاء الخیار لم یکن لنفی کونه بقرة و متاعه و غنمه وجه ضرورة انّه لم ینقض الخیار فعلا لعدم انقضاء ثلثة الحیوان فلو کان الملک متوقّفا علی انقضاء الخیار لکان بقرة و غنمه و متاعه

قوله طاب ثراه صحیحة محمّد بن مسلم (– اه–)

أشار بذلک الی الصحیح الذی رواه الشیخ (– ره–) بإسناده عن الحسین بن سعید عن حماد عن حریز و صفوان عن العلاء جمیعا عن محمّد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السّلام قال سالته عن رجل الخبر

قوله طاب ثراه کما یظهر من قولهم فی اخبار أخر (– اه–)

مثل ما رواه ای الشیخ (– ره–) بإسناده عن احمد بن محمّد عن محمّد بن عیسی عن یحیی بن الحجّاج قال سألت أبا عبد اللّه علیه السّلام عن رجل قال لی اشتر لی هذا الثوب و هذه الدابّة و بعنیها أربحک فیها کذا و کذا قال لا بأس بذلک اشترها و لا تواجبه البیع قبل ان تستوجبها أو تشتریها

قوله طاب ثراه و أشدّ ضعفا من الکلّ ما قیل

هذا القول یقرب ممّا تمسّک به فی الإیضاح و التنقیح من انّه قد تقرّر فی الأصول انّ الصحّة عبارة عن ترتّب الأثر فحال وقوع العقد ان وصف بالصحّة ثبت المطلوب و ان لم یوصف فلا خیار لترتّبه علی العقد الصّحیح و الفرض عدمه و الجواب ان للخصم ان یتصرّف فی الأثر و یقول ان اثر العقد الغیر المستعقب للخیار هو الملک من حینه و اثر العقد الغیر المستعقب هو الملک من حین انقضاء زمان الخیار فیکون صحّة العقد الغیر الخیاری عبارة عن ترتّب الملکیّة من حینه و صحّة العقد الخیاری عبارة عن قابلیّة لحصول الملک به عند انقضاء الخیار و هذه القابلیّة حاصلة من حین العقد فلا محذور ثمَّ هناک وجوه أخر اعتباریّة أهمل الماتن (– ره–) ذکرها و لا

بأس بنقلها أحـدها ما تمسّک به فی الإیضاح و التّنقیح و غیرهما أخذا من (- لف-) من انّ المقتضـی حین العقد موجود و العارض لا یصلح للمانعیّهٔ فیثبت الملک من حینه أمّا المقتضی فهو العقد و قد وجد فیؤثر من حینه و الوجه فی کونه مقتضیا أمور فمنها انّه السّبب الشرعی لنقل العین هنا و لذلک عرّفوه بأنّه انتقال عین أو تملیک عین و بعبارهٔ أخری أحسن البیع تملیک بدلیل قوله ملکتک فیثبت به الملک کسائر البیوع لانّ التملیک یدلّ علی نقل الملک إلی المشتری و یقتضیه لفظه و الشرع قد اعتبر و قضی بصحّته فیجب ان یعتبره فیما یقتضیه و یدلّ علیه لفظه و منها انّه لو لم یکن سببا أوّلا لم یکن سببا بعد الخیار لانّ الافتراق لا مدخل له منفردا عن العقد فکذا لا مـدخل له حالـهٔ الانضـمام لأصالـهٔ البقاء یعنی الاستصـحاب و منها انّه کلّما وجـد العقـد ثبت الملک و کلّما انتفی العقد انتفی الملک فیکون هو المؤثر عملاـ بالـدّوران و امّا عـدم صـلاحیّهٔ العارض للمانعیّـهٔ فلأنه لیس الّا ثبوت الخیار و هو غیر مناف للملک کما لو باع عرضا بعرض فوجد کلّ منهما فیما انتقل الیه عیبا هذا غایهٔ ما قیل فی تحریر هذا الوجه و یمکن المناقشهٔ فیه بمنع اقتضاء العقد الانتقال من حینه بل هو مقتضـی للانتقال فی الجملهٔ أن لازما فمن حینه و ان جائزا فمن حین الانقضاء و الوجوه المتمسّک بها للاقتضاء ساقطهٔ امّا الأوّل فلا یثبت إلّا السـببیّهٔ فی الجملـهٔ الغیر المنافیهٔ للقول الثّانی فإنّ القائل بالانتقال بالانقضاء لا یقول بأنّ السـببیّهٔ هو الانقضاء فقط بـل همـا معا أو العقـد فقط الّا انّ تأثیره مغیّی بالانقضاء و امّا الثّانی فلان الممنوع لیس هو السّـببیّهٔ (- مط-) بل خصوص السّـببیّهٔ التامّهٔ المنحصـر فیها و الوجه المذکور لا یثبت إلّا السّـببیّهٔ فی الجملهٔ المسـلّمهٔ بین المتنازعین جمیعا هذا مضافا الی ان الافتراق هنا غیر مطلق الافتراق فلا استصـحاب سـلّمنا لکنّه معارض بمثله کان یقال کان المال غیر مملوک قبل العقـد فلیکن بعده (- ککـ-) (- فت-) و امّا الثّالث فمع ما فیه من شـبههٔ المصادرهٔ بزعم الخصم انّ الـدوران لیس بحجّـهٔ عندنا ما لم تکن العلّیهٔ مسـتفادهٔ من خطاب أو مقطوعا بها من عقل أو عادهٔ مستمرّهٔ لا تنحرم لانّ تلازم الوجود و العدم لا یدلّ علی العلّیهٔ کما فی الجوهر و العرض و الحدّ و المحدود و الحرکهٔ و الزّمـان المعلولین المتسـاویین علی انّ التلازم فی الانعکاس غیر واجب فی الأحکام کما فی المشـقّهٔ للتقصـیر الثانی ما تمسّک به فی التنقیـح من انّه لو لم ینتقل بالعقد إلی المشتری لکان موقوفا و (- ح-) لم یکن فرق بین بیع المالک و بین الفضولی و اسـتحالهٔ اللازم ظاهر و فیه أوّلا منع الملازمهٔ ان أرید بالوقوف الوقوف علی الإجازهٔ و ان أرید به الوقوف علی انقضاء الخیار فلا مانع منه و ان أرید به التزلزل فهو مسلّم عند الجمیع الی الانقضاء و ثانیا منع بطلان عدم الفرق بین بیع المالک و بیع الفضولی الثالث انّ للمشتری التصرّف و لاـ سـبب له الّـا الملـک هنـا إذ الإذن الضـمنی لا یقوم بنفسه بل بالعقـد حکی فی غایـهٔ المراد التمسّک به عن بعضـهم ثمَّ أجاب بمنع الصّـغری إذا أریـد به التصـرّف المنجّز و بمنع الکبری ان أریـد به مطلق التصـرّف و هو متین الرابع انّه صـحیح و الّـا لبطل الخیار فیتبعه غایته حکاه فی غایهٔ المراد ثمَّ قال و ردّ بأنّ الغایهٔ صلاحیّهٔ الملک إذا حصل شرطه و الملک الحقیقی من توابع اللّزوم

قوله طاب ثراه و قد یستدلّ (- أیضا-) بالنّبوی (- اه-)

قد استدلّ به

ص: ۱۹۳

صاحب الجواهر (- ره-) و قال انّ معناه انّ الرّیح فی مقابلة الخسران لانّ الخراج اسم للفائدة الحاصلة فی المبیع و المراد أنّها للمشتری کما انّ الضرر الحاصل بالتّلف علیه فهو دالّ علی المطلوب قلت وجه الدّلالة علی ما ذکره انّ کون النّماء فی زمان الخیار للمشتری و التلف علیه فرع ملکه لأصل المبیع فالخبر دالّ علی المطلوب باللّزوم

قوله طاب ثراه استدلّ للقول الأخر (- اه-)

أراد بالقول الأخر القول الثانی أعنی توقّف الانتقال علی انقضاء الخیار و المستدلّ بهذا الوجه هو سیّدنا فی مفتاح الکرامة و استدلّوا علی ذلک بوجوه أخر أحدها ما فی المراد من أصالة بقاء الملک علی ما کان علیه حتی یثبت السّبب المزیل و الاتفاق واقع علی انّ العقد مع انقضاء الخیار مزیل و کونه مزیلا قبله غیر معلوم فیرجع الی الأصل و الجواب عن ذلک واضح إذ کما انّ العقد مع الانقضاء مزیل فکذا هو وحده مزیل لملک البائع بحکم أیة حلّ الأکل مع التجارة عن تراض و غیرها ممّا مرّ المورث مجموعه للفقیه الاطمئنان بحصول الملک بالعقد الثانی ما تمسّک به فی (- لف-) من انّ العقد الخیاری قاصر فلا ینقل الملک کالهبة قبل القبض و قرّره فی التنقیح و غیره بانّ البیع مع الخیار قاصر عن البیع من غیر خیار و القصور لیس الّا لعدم افادة الملک لأنّه لو أفاد الملک لما کان قاصرا بل مساویا و هذا خلف و أجاب فی (- لف-) بالمنع من القصور عن افادة الملک قال و اعنی به قبوله للفسخ فذلک لا یوجب القصور و لا عدم نقل الملک کالمعیب و قرّره فی التنقیح بالمنع من انّ القصور لیس الّا لعدم افادة الملک لجواز ان یکون لعدم اللزوم و ذلک کاف فی الفرق و الأولی ان (- یق-) انّ قصور العقد الخیاری عن العقد الغیر الخیاری مما لم یرد به نص و انّما غایة ما ثبت توقّف لزوم العقد علی انقضاء الخیار و امّا توقّف حصول الملک علیه فلا دلیل علیه و الأصل عدم التوقّف الثّالث ما تمسّک به فی غایة المراد من انه کلّما توقّف ثبوت البیع علی انقضاء الخیار توقّف الملک علی انقضاء الخیار لکن المقدّم حقّ فالتّالی مثله و الملازمة بیّنة و امّا بیان حقیّة المقدّم فلان أحد الأمرین لازم امّا إحداث قول ثالث أو ثبوت المطلوب و الأوّل محال فثبت الثانی بیان الملازمة روایة الحلبی عن أبی عبد اللّه علیه السّلام فی خیار المجلس فاذا افترقا فقد وجب البیع و المراد بالوجوب الثبوت لأنه (- کک-) لغة و الأصل عدم النّقل فان عمّ الخیار فهو المطلوب و الّا افترق أقسام الخیار فیلزم احداث الثالث ثمّ قال و لا یعارضه دلالة روایة غیاث بن إبراهیم عن الصّادق علیه السّلام بإسناده الی علی علیه السّلام إذا صفق الرّجل علی البیع فقد وجب و ان لم یفترقا لضعف سندها أوّلا و لجواز کون الافتراق شرطا لا جزء علّة فیجوز استناد الثبوت الی العقد انتهی و أقول أوّلا انّ الوجوب استعمل فی اللّغة بمعنی اللّزوم (- أیضا-) کما هو صریح الصّحاح و القاموس و (- یة-) و المصباح و غیرها قال فی الأوّلین وجب یجب وجوبا لزم و ثانیا انا ان لم نضایق من کون الوجوب فی الخبر بمعنی الثبوت نقول انّ المراد بالثّبوت اللزوم کیف لا و لو لا ذلک للزم عدم حصول البیع قبل انقضاء الخیار و حیث انّه بیّن البطلان لوضوح حصول البیع عرفا قبله فتعیّن کون المراد اللّزوم مضافا الی شهادة الأدلّة المزبورة علی ذلک

قوله طاب ثراه مثل صحیحة ابن سنان (- اه-)

قد رواها ثقة الإسلام (- ره-) عن عدّة من أصحابه عن سهل بن زیاد و احمد بن محمّد جمیعا عن ابن محبوب عن ابن سنان یعنی عبد اللّه قال سألت أبا عبد اللّه علیه السّلام عن الرّجل الخبر

قوله طاب ثراه و روایة عبد الرّحمن (- اه-)

قد رواها ثقة الإسلام (- ره-) عن حمید بن زیاد عن الحسن بن محمّد بن سماعة عن غیر واحد عن ابان بن عثمان عن عبد الرّحمن بن ابی عبد اللّه البصری قال سألت أبا عبد اللّه علیه السّلام عن رجل الخبر

قوله طاب ثراه و مرسلة ابن رباط (- اه-)

أراد بها ما رواه الشیخ (- ره-) بإسناده عن الحسین بن سعید عن الحسن بن علیّ بن فضال عن الحسن بن علیّ بن رباط عمّن رواه عن

أبی عبد اللّه علیه السّلام

قوله طاب ثراه و النبوی المروی فی قرب الإسناد (– اه–)

أشار بذلک الی ما رواه الشیخ بإسناده عن محمّد بن احمد بن یحیی عن ابی إسحاق عن الحسن بن ابی الحسن الفارسی عن عبد اللّه بن الحسن بن زید بن علیّ بن الحسین عن أبیه علیه السّلام عن جعفر بن محمّد علیهما السّلام قال قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله فی رجل اشتری عبدا بشرط ثلثة أیّام فمات العبد فی الشّرط قال یستحلف باللّه ما رضیه هو ثمّ برئ من الضّمان

قوله طاب ثراه و هذه الأخبار انما تجدی فی مقابل من ینکر (– اه–)

لا یخفی علیک ما فی العبارة من الخلل فإنّ الأخبار المذکورة انّما تجدی من ینکر تملّک المشتری مع اختصاص الخیار لا فی مقابله و لا یبعد ان یکون لفظ فی مقابل مشخوطا؟؟؟ علیه فی أصل النسخ فکتبه النّساخ غفلة

قوله طاب ثراه و علی ایّ حال فهذه الأخبار امّا ان تجعل مخصّصة (– اه–)

یعنی انّ الأمر فی الأخبار المستدلّ بها للقول الثانی دائر بین أمرین أحدهما ان تجعل مخصّصة لأدلّة المشهور الّذی هو حصول الملک بنفس العقد یعنی عموم أدلّة البیع و التّجارة عن تراض و اخبار الخیار و جعلها مخصّصة انّما هو بضمیمة قاعدة تلازم الملک و الضّمان لأنّ الأخبار المذکورة انّما أفادت ضمان البائع فإذا ضمّ إلیها تلازم الملک و الضمان حصل ان المال باق علی ملک البائع فی زمان خیار المشتری فتصیر الأخبار الدالّة علیه مخصّصة لأدلّة لزوم البیع لانّه یصیر حاصل المجتمع من الأمرین انّ عقد البیع لازم الّا العقد الّذی اشتمل علی خیار المشتری فإنّه لیس بلازم لبقاء المبیع علی ملک المشتری و ثانیهما ان تجعل مخصّصة لقاعدة التّلازم بین الملک و الضّمان و جعلها مخصّصة انّما هو بضمیمة أدلّة المشهور المعبّر عنها فی کلام (– المصنف–) (– ره–) بأدلّة المسئلة تفنّنا فی العبارة یعنی الأدلّة الدالّة علی حصول الملک بنفس العقد و ذلک لانّ الأخبار المذکورة انّما أفادت کون المبیع فی ضمان البائع فإذا ضمّ إلیها أدلّة المشهور التی مقتضاها صیرورة المبیع ملکا للمشتری بنفس العقد حصل منهما انّ المبیع فی زمان الخیار المختصّ بالمشتری ملک له و لکن البائع ضامن له عند التلف فیحصل منه التخصیص فی قاعدة التلازم بمعنی انّ التلازم بین الملک و الضّمان حاصل إلّا فی البیع الّذی اشتمل علی خیار مختصّ بالمشتری ثمّ إذا دار الأمر بین التخصیصین فلو لم یکن مرجّح لأحدهما لزم الرّجوع الی أصالة عدم حصول الملک بنفس العقد لکنّ الشهرة المؤیّدة بالإجماع المحکی ترجّح ارتکاب تخصیص قاعدة التلازم و لسیّدنا فی مفتاح الکرامة کلام فی المقام یعجبنی نقله قال (– ره–) انّ اخبار القول الأوّل قد تعاضدت و اعتضدت بالشهرة العظیمة بل بالإجماع مع صراحة أخبار الشرط و مخالفة جمهور فقهاء الجمهور کأبی حنیفة و مالک و الشافعی فی أحد أقواله و الموافق لنا احمد و الشافعی فی أحد أقواله فما قیل من انا مخالفون للعامّة کافّة غیر صحیح و امّا هذه الأخبار فهی علی أخصّیتها من المدّعی و شذوذها فیما حاولوها منها و عدم صراحتها فیه و عدم العاضد لها سوی الأصل المعارض بأصل برأیه الذمّة من المنافع المتلفة عند المشتری مثلا فقد حملت علی محامل قد قیل انّ أجودها الحمل علی التقیّة و فیه بعد و قد حمل قوله علیه السّلام فی الصّحیحة یعنی صحیحة ابن سنان حتی ینقضی الشرط و یصیر المبیع للمشتری علی استقرار الملک إذا قصی ما دلّت

ص: ۱۹۴

عليه هذه الأخبار انّ التلف فى المدّة ممّن لا خيار له و هذا مجمع عليه بين الأصحاب فكان بالنصّ و الإجماع مستثنى من قاعدة الباب القائلة بحصول الملك بمجرّد العقد المستلزمة لكون التّلف من المشترى كما استثنينا بالنّص و الإجماع (- أيضا-) انّ التلف قبل القبض من مال بايعه سواء كان للمشترى خيار أم لا بمعنى انّه انفسخ العقد من حينه و يقدر دخوله فى مال البائع انا ما قبل التّلف و يكون التّلف كاشفا فما دلّت عليه هذه الأخبار الّتى نحن فيها بظاهرها من عدم صيرورة المبيع قبل انقضاء الخيار للمشترى يراد منه عدم اللّزوم و الاستقرار كما ذكروه فى الصّحيحة و لم يبق إلّا الأصل و لا بقاء له مع عدم الدّليل هذا كلامه علا مقامه و فى بعض ما ذكره نظر مثل إيقاعه التعارض بين استصحاب عدم حصول الملك ما لم ينقضى الخيار و بين أصل البراءة من المنافع المتلفة فى زمان الخيار فان فيه انّ الاستصحاب المذكور حاكم على أصل البراءة لكونه سببيّا و الذى يقتضيه النّظر الدّقيق هو انّه لا سبيل للترجيح فى المسئلة لان مضمون كلّ من اخبار الطرفين و مدلوله المطابقى أعنى كون التّلف ممّن لا خيار له و هو المشترى فى طائفة و البائع فى أخرى مشهور بين الأصحاب و انما التّعارض بين لازميهما بناء على ثبوت الملازمة بين كون النماء للمشترى و التّلف منه و بين ملكه بالعقد و (- ح-) فلا مسرى للترجيح بل الحقّ ما سلكه فاضل المستند من نفى اللزوم بين الحكم بكون التلف من أحدهما و بين ثبوت الملكيّة له لعدم دليل على هذه الملازمة من عقل و لا شرع و لذا يكون التلف من البائع قبل القبض و ان لم يكن خيار فيه (- أيضا-) و كذا فى زمان الخيار للمشترى عند القائلين بتملكه فالاستدلال بذلك ساقط رأسا فتدبّر جيّدا تذييل لا يخفى عليك انّ الكلام فى الثمن هنا هو الكلام فى المبيع حرفا بحرف كما صرّح بذلك جماعة قاطعين به بل فى المصابيح انّ الثمن فى ذلك كلّه كالمبيع إجماعا لاستحالة انتقال احد العوضين دون الأخر لخروجه عن حقيقة المعاوضة و استلزامه الجمع بين العوض و المعوّض فعلى المختار ينتقل الثمن إلى البائع من حين العقد كما ينتقل المبيع إلى المشترى (- كك-) انتهى و الأصل فى ذلك عموم أدلّة المسئلة فلاحظ

[و من أحكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار]

قوله طاب ثراه فلا اشكال و لا خلاف فى كون المبيع فى ضمان البائع (- اه-)

قد صرّح بكون التلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له جماعة قاطعين به بل فى مفتاح الكرامة تارة نفى وجدان الخلاف فيه و اخرى انّ كون التلف ممّن لا خيار له قاعدة لا خلاف فيها و فى كشف الظّلام انّ التلف بعد القبض فى مدّة الخيار ممّن لا خيار له من غير خلاف يعرف بين الأصحاب فيما أجده و فى الجواهر انّ الإجماع بقسميه عليه و فى الغنية انّه إذا هلك المبيع فى مدّة الخيار فهو من مال البائع الّا ان يكون المبتاع قد أحدث فيه حدثا يدلّ على الرضا فيكون هلاكه من ماله انتهى

قوله طاب ثراه و يدلّ عليه ما تقدّم فى المسئلة السّابقة من الأخبار (- اه-)

أراد بها صحيح ابن سنان و خبر عبد الرّحمن و مرسلة ابن رباط و النبوىّ المروىّ فى قرب الإسناد

قوله طاب ثراه من غير فرق بين أقسام الخيار (- اه-)

هذا هو احد الوجوه فى المسئلة جزم به فى الرّياض و كشف الظلام و هناك وجهان اخران أحدهما اختصاص القاعدة بخيارى الشّرط و الحيوان و هو خيرة العلّامة الطّباطبائى ردّه نظرا الى اختصاص النّصوص بهما و الاقتصار فيما خالف أصالة كون الضّمان على المشترى القابض المالك بنفس العقد على مورد النصّ و الإجماع بل ربّما يدّعى كونهما هما المراد ان بعبارة من غيّى الضّمان بانقضاء زمن الخيار و مدّته فإنّه ليس لغيرهما من الخيارات زمان و مدّة حتى خيار المجلس فانّ مدّته غير مضبوطة و فيه نظر لعدم ظهور المدّة و الزّمن فى المدّة المضبوطة فشمولهما لخيار المجلس متّجه نعم إخراجه بدعوى اختصاص الدّليل بغيره فى محلّه ان تمَّ و مثله لو استند فى إخراجه الى انّ مورد القاعدة ما إذا كان الخيار لأحدهما فإنّ خيار المجلس يثبت لهما جميعا ثانيهما الشمول لخيار المجلس (- أيضا-) و هو الّذى مال اليه الماتن (- ره-) فى صدر المقال مستدلّا عليه بقوله عليه السّلام ليس على الذى اشترى ضمان

حتّى يمضى شرطه هذا و قد استدلّ القائلون بعموم القاعدة لجميع أقسام الخيارات بوجهين أحدهما ما أشار إليه الماتن (- ره-) من المناط و ثانيهما تتميم النّصوص بعدم القول بالفصل و الى ردّه أشار الماتن (- ره-) بقوله فيما يأتى لكن الإنصاف انه لم يعلم من حال احد (- اه-)

قوله طاب ثراه الا ترى انّ المحقّق الثانى (- ره-) (- اه-)

قال فى جامع المقاصد فى شرح قول العلامة (- ره-) فى أخر خيار العيب و لو اقتصّ منه فلا ردّ له و له الأرش ما لفظه اى لو اقتصّ من الجانى فى يد المشترى فلا ردّ لان ذلك عيب قد حدث فى يده فيكون مضمونا فامتنع الردّ لكن له المطالبة بالأرش إذا كان جاهلا بالعيب كما لو حدث فى المعيب عيب أخر عند المشترى الجاهل بعيبه و لا يخفى انّ هذا حيث يكون الاقتصاص فى غير زمان الخيار المختصّ بالمشترى فانّ فى زمان هذا الخيار مضمون على البائع ما لم يفرّط المشترى انتهى و الظاهر انّ استشهاد الماتن (- ره-) بهذا الكلام على انّ المراد بالخيار ليس هو مطلق الخيار انّما هو من جهة التقييد بان كون الاقتصاص من العبد الجانى من ضمان البائع انما هو إذا كان فى خيار المشترى و وجه الاستشهاد انه لو كان المراد بالخيار هو مطلق الخيار كان التقييد لغوا لوجود مطلق الخيار من جهة كون الجناية فى العبد الجانى عيبا يورث الخيار للمشترى فالمراد بالخيار المقيّد به غير ذلك كالحاصل بالشرط و نحوه (- فت-)

قوله طاب ثراه و فى الاعتماد على هذا الاستظهار تأمّل (- اه-)

وجه التأمّل إمكان المناقشة فى الظّهور بأنه قد ورد فى تفسير الشرط فى بعض الرّوايات بخيار الحيوان من حيث جعله عليه السّلام قوله ثلثة أيّام بدلا من الشرط فى قوله عليه السّلام حتى ينقضى شرطه ثلثة أيّام و يصير المبيع للمشترى و على هذا فلا يبقى للاستظهار المذكور محلّ

قوله طاب ثراه على تأمّل فى خيار المجلس (- اه-)

وجه التأمّل اختصاص مورد الأخبار بخيارى الحيوان و الشرط فيلزم الاقتصار فى مخالفة قاعدة كون تلف المبيع بعد القبض من المشترى عليها

قوله طاب ثراه فهو غير بعيد (- اه-)

قد سبقه فى الميل إلى إلحاق تلف الثمن بتلف المبيع فى الحكم المذكور أو القول به سيّدنا فى مفتاح الكرامة و قال به فى الرّياض (- أيضا-) و خالف فى ذلك صاحب الجواهر (- ره-) فأفتى باختصاص الحكم بالمبيع و عدم جريانه فى الثمن و هو الأظهر لأصالة بقائه على ملك البائع إلى زمان التّلف و التلف انّما يكون من مال من وقع فى ملكه و لا دليل هنا على انفساخ البيع و رجوعه إلى المشترى قبل التّلف انا ما كى يكون من ماله و الأصل عدم الانفساخ مضافا الى قاعدة كون التّلف بعد القبض من مال من انتقل اليه بعد اختصاص اخبار المسئلة بالمبيع

قوله طاب ثراه نظرا الى المناط الذى استفدناه (- اه-)

قد ناقش آنفا فى المناط فكيف اعتمد عليه هنا

قوله طاب ثراه مضافا الى استصحاب ضمان المشترى له (- اه-)

فيه نظر ضرورة انّ الضّمان قبل القبض من احكام عدم القبض فاذا وقع القبض فقد انتفى موضوع الضمان و الاستصحاب لا يجرى مع تبدّل الموضوع كما برهن عليه فى بابه

قوله طاب ثراه (- فت-)

وجه التأمّل على الظاهر منع كون مورد الأخبار الثمن المعيّن ان لم تكن ظاهرة

ص: ۱۹۵

فى كونه كلّيا

قوله طاب ثراه و مع ذلك كلّه فظاهر عبارة (- س-) (- اه-)

قد استظهر ذلك من (- ط-) و (- ف-) و (- عد-) و جواهر القاضى (- أيضا-) و لكن ليس لهم مستند ظاهر

قوله طاب ثراه فى الفرع السادس (- اه-)

الموجود فى أكثر نسخ الكتاب هو الفرع السّابع و الموجود فى نسختنا المصحّحة السّادس بدل السّابع و هو الصحيح لأنّ العبارة مذكورة فى (- س-) فى المسألة السادسة دون السّابعة و وجه دلالة العبارة على عدم الانفساخ انّه جمع بين بقاء الخيار و بين كون التلف من البائع فى صورة اختصاص الخيار بالمشترى فإنه لو كان التّلف بعد القبض فى زمان الخيار المختصّ موجبا لانفساخ العقد لم يكن لبقاء معنى

قوله طاب ثراه و العبارة محتاجة إلى التأمّل من وجوه (- اه-)

قد عدّ الشيخ الوالد العلّامة أعلى اللّه مقرّه و مقامه مواضع ثلثة من العبارة قابلة للتأمّل فيها جعلها مشار إليها بالوجوه فى عبارة الماتن (- ره-) أحدها تقييده رجوع البائع بالبدل عند فسخه بصورة عدم ضمانه و وجه التّأمّل انّه مع كون الخيار للبائع و فسخه لا يتصوّر ضمانه حتّى يكون للتقييد بعدم ضمانه وجه فان ضمانه لا يتصوّر إلّا إذا اختصّ الخيار بالمشترى ليكون البائع من لا خيار له و يكون التّلف منه ثانيها حكمه بغرامة البدل فى صورة كون ضمان المبيع عليه و وجه التأمّل انه مع كون الخيار له لا يعقل ضمانه حتى يكون منشأ؟؟ لغرامة البدل و ذلك لاعترافه (- قدّه-) بانّ التّلف بعد القبض فى زمان خيار المشترى من البائع فالضّمان على البائع دون المشترى (- اه-) فما معنى غرامته البدل ثالثها قوله و لو أوجبه المشترى (- اه-) و وجه التأمّل ظهور العبارة فى انّ له ان لا يوجبه مع انّه اعترف أوّلا بانفساخ العقد عند التّلف قبل القبض و أقول الإنصاف انّه لا وجه لشىء من هذه التأمّلات امّا الأوّل فلإمكان تصوير ضمان البائع مع كون الخيار له فيما إذا كان التّلف بمباشرته أو تسبيبه الّذى هو أقوى من فعل المباشر فإنه (- ح-) يكون الضّمان عليه فعلى القول بعدم سقوط خياره بالإتلاف المذكور يتمّ وجه التقييد و يكون تقدير العبارة انه لو أفسخ البائع رجع بالبدل بدل المبيع إلى المشترى الّا ان يكون البائع هو الّذى أتلف فلا يرجع على المشترى بل يفسخ و يردّ الثمن و لا شىء عليه و امّا الثانى فلإمكان تصوير ضمانه فيما إذا كان هو المتلف للمبيع نظير سابقة و فيما إذا لم يكن الخيار مختصّا به بل كان الخيار مشتركا فإنّه (- ح-) لا ضمان على البائع لاختصاص مورد قاعدة كون التلف ممّن لا خيار له بالخيار المختصّ بالمشترى و امّا الثالث فلانّ عدم تأثير الإيجاب فى تضمين البائع كما يمكن ان يكون لمانع أخر فكذا يمكن ان يكون لعدم أثر للإيجاب رأسا و عدم شرعيّته لحصول الانفساخ عند التلف

قوله طاب ثراه و ربّما يحتمل انّ معنى قولهم (- اه-)

هذا الاحتمال و ما بعده من الاحتمالات بعيدة و لا شاهد على شىء منها و لو كان فلا دليل يساعد على مقالتهم (- ح-) كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و منه حكم الشارع عليه بالإتلاف (- اه-)

كما إذا ارتدّ و وجب قتله فقتل أو عاد الخلّ خمرا مثلا فحكم الشارع بإتلافه أو أقعد العبد أو عمى فأوجب الشارع عتقه و هكذا

قوله طاب ثراه سقط به الخيار (- اه-)

الوجه فى ذلك هو كونه تصرّفا قد مرّ سقوط الخيار به

قوله طاب ثراه و لانّ الفسخ موجب لرجوع العين قبل تلفها فى ملك الفاسخ (- اه-)

كلمة الفاسخ هنا و فى قوله ملكا تالفا للفاسخ و فى قوله فإنّه لا يتعيّن للدّفع الى الفاسخ سهو من النّساخ و الصّحيح المفسوخ عليه بدل الفاسخ فى المواضع الثّلثة ثمّ انّ أصل التّعليل لا يتمّ الّا على القول بكون الفسخ حلّا للعقد من أصله و لا يخفى فساد المبنى بل هو حلّ له من حينه فلا معنى لعوده الى ملك المفسوخ عليه قبل التّلف بل الصّحيح تقديره حين الفسخ ملكا للفاسخ فى ذمّة صاحبه أو

بالعكس فتدبّر

[و من أحكام الخيار أنه لا يجب على المتبايعين تسليم المبيع و الثمن فى زمن الخيار]

اشارة

قوله طاب ثراه ففيه نظر من جهة عدم الدّليل (- اه-)
ناقش فى ذلك بعضهم بمنع شمول الأموال فى النبوى لمثل ذلك و بانّ المراد بها ما يشمل الحقّ المالى فيكون لكلّ منهما سلطنة عليه فليس للآخر إجبار صاحبه على التسليم لمنافاة ذلك لسلطنته (- أيضا-) و فيه نظر ظاهر ضرورة وضوح فساد منع الماليّة بعد تسليم ملك المبيع بنفس العقد و الأولى تعليل الحكم اعنى عدم وجوب التسليم بانّ كلّا من المتبايعين و ان ملك ما انتقل اليه بنفس العقد الّا انّ الملك متزلزل و شمول أدلّة تسلّط النّاس على أموالهم للأموال الغير اللّازم ناقلها غير معلوم (- فت-) كى يظهر لك انّ المرجع عند الشكّ فى الشمول انّما هو أصالة الإطلاق

[مسألة فى عدم سقوط الخيار بتلف العين]

قوله طاب ثراه قال فى (- عد-) لا يسقط الخيار (- اه-)
قد وصف بعضهم عدم بطلان الخيار بتلف العين بالشّهرة و علل بالاستصحاب و العمومات مع عدم كونه من المسقطات له عقلا أو شرعا إلّا إذا استلزم الالتزام كما إذا كان بإتلاف صاحب الخيار لما انتقل اليه مع عدم خيار لصاحبه معه أو استلزم الفسخ كما إذا كان بإتلافه لما انتقل عنه أو استلزم الانفساخ قهرا كما إذا تلف قبل القبض أو فى مدّة الخيار أو فى الجملة على البحث السّابق ثمَّ لا يخفى عليك عدم ملائمة ما ذكروه هنا لما ذكروه فى مسئلة كون التلف قبل القبض من مال بايعه و بعد القبض ممّن لا خيار له فانّ من أطلق ذلك هناك مريدا بكون التّلف من البائع انفساخ العقد قبل التّلف بان عود التالف ملكا للبائع يلزمه هنا إطلاق كون التّلف مبطلا للخيار الموقوف على العقد المحكوم ببطلانه بالتلف و من قيّد ما هناك بكون التالف المبيع فقط أو كون الخيار خيار الشّرط و الحيوان أو هما و المجلس أو يكون التّلف بافة سماويّة أو نحو ذلك ممّا مرّ فى المسئلتين يلزمه التقييد هنا (- أيضا-) و لمّا كان العلّامة (- ره-) قد أطلق هناك كون التلف قبل القبض من البائع و بعده ممّن لا خيار له يلزمه هنا الجزم ببطلان الخيار بالتّلف فالاعتراض عليه بمنافاة حكمه هنا بعدم بطلان الخيار بحكمه هناك بكون التّلف من البائع قبل القبض و ممّن لا خيار له بعده اولى من الاعتراض عليه بعدم وجاهة إطلاقه عدم البطلان كما صدر من المحقّق الثّانى (- ره-) الّا ان يعتذر عن العلّامة (- ره-) بعدم ارادته بكون التّلف من البائع انفساخ العقد انا ما قبل التّلف بل يريد ان العقد باق و البائع ضامن و إن كان ذلك فى غاية البعد من كلامه و ممّا افاده شراح مقاله و ممّا ذكرنا من منافاة الحكم هنا بعدم بطلان الخيار بالتّلف لما مرّ منهم من كون التلف قبل القبض من البائع و بعده ممّن لا خيار له بالمعنى المتقدّم منه للتّلف ظهر ما فيما صدر من جمع من الأعلام فى المقام من الخلط فى الكلام فلاحظ و تدبّر
قوله طاب ثراه ليس على إطلاقه كما اعترف به فى (- مع صد-) (- اه-)
قال فى (- مع صد-) فى شرح قول العلّامة (- ره-) فى (- عد-) لا يبطل الخيار بتلف العين فإن كان مثليّا طالب صاحبه بمثله و الّا القيمة ما لفظه إطلاق العبارة يتناول جميع أقسام الخيار من المجلس و الحيوان و الشّرط و غيرها و كذا يتناول ما إذا كان الخيار للبائع أو للمشترى أولهما و إطلاق التناول يتناول ما إذا كان بافة سماويّة أو ارضيّة بتفريط من المشترى أو لا و ما إذا كان من البائع أو من المشترى أو من أجنبىّ سواء كان التّلف قبل قبض المشترى أم بعده و بعض هذه الصّور غير مراد له قطعا و بعضها ممّا يتوقّف فى إرادته ثمَّ أخذ فى بيان تفصيل أحكام الأقسام بما لا نطيل بنقله فراجعه إن شئت

قوله طاب ثراه بل عن (- ط-) و بعض أخر الجزم بالعدم (- اه-)

(١١) أراد بالبعض ابن المتوّج البحرانى معاصر المقداد فإنّه قد حكى عنه (- أيضا-) القول بالسّقوط و مستندهما ما أشار إليه الماتن (- ره-) و فيه منع اختصاص الردّ بصورة البقاء إذ مع

ص: ۱۹۶

التّلف ینتقل الی المثل أو القیمة فإن قلت انّ الانتقال الی البدل ضرر علی البائع قلنا کما انّ الانتقال الی البدل ضرر علی البائع فکذا سقوط الخیار ضرر علی المشتری و لیس الأوّل أرجح من الثّانی بل الرّجحان للثّانی حیث انّ البائع هو الّذی أدخل الضرر علی نفسه بإیجاد سبب الخیار و هو الکذب فی الأخبار مع انّه لا ضرر فی الانتقال الی البدل بوجه لانّه امّا المثل أو القیمة السّوقیّة

قوله طاب ثراه لوجود المقتضی و عدم المانع (- اه-)

هذا احد الوجوه المتمسّک بها لهذا القول و الوجه فی وجود المقتضی ظاهر لانّ سبب الخیار هو المقتضی ابتداء و استدامة و امّا عدم المانع فلانه لیس ما یتصوّر مانعا الّا التّلف و هو غیر صالح للمانعیّة لما عرفت و لو شکّ فالأصل عدم مانعیّة الثّانی استصحاب الخیار و التّلف لا- یوجب تبدّل الموضوع بعد وجود البدل من المثل أو القیمة الثالث عموم رجوع المغرور علی من غرّه بناء علی دلالته علی الخیار الرابع انّ الکذب فی الأخبار مقتضی للخیار و لم یثبت اشتراطه بالعلم بذلک قبل التّلف فمع التّلف أو انتقاله عن ملکه انتقالا لازما أو وجود مانع من ردّه کالاستیلاد یردّ علی البائع مثله أو قیمته و یأخذ هو منه الثمن أو عوضه مع فقده

قوله طاب ثراه إذ لم یدلّ أدلّة الخیار من الأخبار و الإجماع (- اه-)

فیه نظر ظاهر لانّ المذکور فی الأخبار و معاقد الإجماعات انّما هو الخیار بین الفسخ و الإمضاء دون التسلّط علی الردّ و الاسترداد مضافا الی انّ عمدة دلیل غالب الخیارات قاعدة الضرر و هی کما تجری فی صورة وجود العین فکذا تجری فی صورة تلفها کما لا یخفی علی المتدبّر فالأظهر عدم سقوط الخیار بالتّلف للاستصحاب و القاعدة و الإطلاق فی بعض الأخبار و اللّه العالم

[مسألة فی أنه لو فسخ ذو الخیار فالعین فی یده مضمونة]

قوله طاب ثراه مسئلة لو فسخ ذو الخیار (- اه-)

أراد بذلک الفسخ من دون اطّلاع صاحبه کما یشهد به قوله (- ره-) إذ الفسخ انّما هو من قبله و الوجه فی ذلک ظاهر إذ لو کان الفسخ بحضور صاحبه کان إبقاء صاحبه ما فی ید الفاسخ عنده و عدم استرداده منه استئمانا إیّاه فیکون ما فی یده أمانة مالکیّة لا یضمنها الّا بتعدّ أو تفریط کسائر الأمانات ثمَّ انه قد بان (- لک-) ممّا ذکرنا دلالة العبارة تضمّنا علی انّ الفسخ بالخیار لا یتوقف صحّته و إیجابه بطلان البیع علی حضور الخصم و ذلک ممّا صرّح به فی (- ف-) و (- ط-) و الغنیة و (- عد-) و (- کرة-) و غیرها بل نفی الخلاف فیه فی المبسوط و کذا لا یتوقّف علی الحضور عند الحاکم و لا علی قضائه و لا علی الإشهاد کما صرّح بذلک (- أیضا-) جماعة منهم العلّامة (- ره-) فی (- عد-) و غیره بل فی مفتاح الکرامة انّ ظاهر الجمیع الإجماع علیه قلت قد حکی الشهید (- ره-) فی (- س-) انّه حکی عن الإسکافی انّه قال یشترط فی الخیار المختصّ فی الفسخ و الإمضاء إلّا بحضورهما انتهی و الأقوی عدم التوقف علی شیء من ذلک لنا أصالة البراءة من اشتراط شیء من ذلک السّلیمة عن المعارض المؤیّدة بأنّه رفع عقد یفتقر الی رضا شخص کالطلاق فلم یفتقر الی حضوره و مثله الکلام فی عدم توقّف الإمضاء علی شیء من ذلک بل قد یدّعی صراحة صحیح الحلبی و خبر الشّحام فی عدم توقّف الالتزام علی حضور الخصم فقد روی الصّدوق (- ره-) بإسناده عن حمّاد عن الحلبی عن أبی عبد اللّه علیه السّلام انّه سئل عن الرّجل یبتاع الثوب من السّوق لأهله و یأخذه بشرط فیعطی الرّبح فی أهله قال ان رغب فی الرّبح فلیوجب الثمن علی نفسه و لا یجعل فی نفسه ان یردّ الثوب علی صاحبه ان ردّ علیه و رواه الشیخ (- ره-) بإسناده عن محمّد بن علیّ بن محبوب عن محمّد بن الحسین عن محمّد بن سنان عن المفضل بن صالح عن زید الشّحام عن أبی عبد اللّه علیه السّلام فإنّه ظاهر فی کون إیجاب البیع من دون حضور الخصم و لا- الحاکم و لا- الشّاهد موجبا للزومه کما یشهد به النّهی عن قصد ردّ الثوب علی صاحبه ان ردّ علیه إذ لو کان حضور أحد هؤلاء شرطا لم یکن لقصده اثر حتی یصحّ النّهی عنه حجّة الإسکافی لعلّها انّه لو لم یکن الفسخ أو الإمضاء بحضور الخصم أو الحاکم أو الشاهد لم یسمع دعواه فیکون الفسخ أو الإمضاء لغوا و (- أیضا-) روی ثقة الإسلام

(- ره-) عن علیّ بن إبراهیم عن أبیه عن النوفلی عن السّکونی عن أبی عبد اللّه علیه السّلام انّ أمیر المؤمنین علیه السّلام قضی فی رجل اشتری ثوبا بشرط الی نصف النّهار فعرض له ربح فأراد بیعه قال لیشهد انّه قد رضیه فاستوجبه ثمّ لیبعه إنشاء فان اقامه فی السّوق و لم یبع فقد وجب علیه و الجواب امّا عن الأوّل فبأنّ اعتبار حضور أحد هؤلاء فی سماع دعواه الفسخ أو الإمضاء و إن کان مسلّما نظرا الی عدم کون الفسخ و الإمضاء ممّا لا یعلم الّا من قبله الّا انّ کلامنا انّما هو فی الواقع یعنی انّ الانفساخ أو اللّزوم واقعا لا یتوقّفان علی حضور أحد هؤلاء و این ذلک من اعتبار الحضور فی سماع دعواه فی الظّاهر و اثر الفرق یتبیّن فی انّه لو فسخ من غیر حضور أحدهم لم یکن له ترتیب أثر الإمضاء و لو امضی لم یکن له ترتیب اثر الفسخ بینه و بین اللّه تعالی و إن کان سماعه ظاهرا موقوفا علی الثّبوت الشرعی هذا مضافا الی انّه لو کان الوجه فی قول الإسکافی ما قلناه لکان یلزمه عدم الاکتفاء بحضور الخصم من غیر شاهد و لا حاکم ضرورة انّه لو أنکر بعد ذلک کان کما لو لم یظهر فکان علیه (- ح-) اعتبار حضور الشاهد أو الحاکم من غیر فرق بین ان یحضر الخصم أم لا و امّا عن الثّانی فهو انّ الأمر فیه للإرشاد إلی إیجاد سبب عدم وقوع النزاع بینهما بعد ذلک

قوله طاب ثراه بلا خلاف علی الظّاهر (- اه-)

قد نفی وجدان الخلاف فیه فی مفتاح الکرامة (- أیضا-)

قوله طاب ثراه و لکنّ المسئلة لا تخلو عن اشکال (- اه-)

لم افهم لهذا الإشکال وجها و الأظهر ما علیه الجماعة

قوله طاب ثراه ففی ضمانها (- اه-)

قد اختار الضّمان فی الإیضاح و (- مع صد-) و محکی حواشی الشهید (- ره-) للاستصحاب

قوله طاب ثراه و ضعّفه فی (- مع صد-) (- اه-)

حاصل ما ذکره تحکیم الاستصحاب و یمکن الجواب بأنّها انّما کانت مضمونة بحکم البیع و قد زال السّبب من البائع و قد رضی بکونها فی ید المشتری فانقطع الاستصحاب و الأصل برأیه ذمّته فعدم الضّمان أوجه

[القول فی النقد و النسیئة]

اشارة

قوله طاب ثراه القول فی النقد و النّسیئة

أقول لا بدّ من بیان معنی الکلمتین امّا النّقد فقد فسّره جمع منهم الفیروزآبادی فی القاموس بخلاف النّسیة فیکون مرجعه إلی أنّه الحال و فی الصّحاح نقدته الدراهم و نقد له الدراهم أی أعطیته فانتقدها ای قبضها و فی المصباح المنیر نقدت الدّراهم نقدا من باب قتل و الفاعل ناقد و الجمع نقاد مثل کافر و کفّار و انتقدت (- کک-) إذا نظرتها لتعرف جیّدها و زیفها و نقّدت الرّجل الدّراهم بمعنی أعطیته فیتعدّی الی مفعولین و نقدتها له علی الزّیادة (- أیضا-) فانتقدها ای قبضها انتهی و فی النّهایة الأثیریّة نقد ثمنه أی أعطانیه نقدا معجّلا انتهی و الّذی یظهر من مجموع کلمات أهل اللّغة انّه ان نسب النّقد الی الثمن أو الی الدّراهم و الدّنانیر مع ذکر مفعول أخر کقولک نقدت الثمن أو نقدت الرّجل الدّراهم کان بمعنی تعجیله و جعله حالا و ان نسب الی الدّرهم و الدینار من غیر ذکر مفعول أخر کقولک نقدت الدّراهم کان بمعنی تمیز جیّدها من ردیّها و ربّما یظهر من بعض کلماتهم کعبارة الصّحاح المزبورة و غیرها انّ النّقد بمعنی القبض و هذا هو الّذی یجزم به صاحب البصیرة فإنّ المعنی الجامع بین المعانی هو هذا فانّ النّقد بمعنی تمیّز الجیّد (- أیضا-) أخذ فی مفهومه القبض کما لا یخفی و یظهر

ص: ۱۹۷

اثر الفرق بین تفسیره بالحال و بین تفسیره بالقبض فی انّه علی الأوّل یصدق فی النقد علی الحال العرفی کالقبض فی المجلس و ان طال من غیر توسّع و علی الثانی لا یصدق النّقد الّا علی المقبوض بمجرّد البیع و یکون إطلاقه علی غیر المقبوض حین البیع بلا فصل توسّعا بفرض غیر المقبوض بالفعل مقبوضا و ربّما یظهر الثانی من مولانا فی (- لک-) حیث قال النقد مأخوذ من قولک نقدته الدّراهم و نقدت له أی أعطیته فانتقدها ای قبضها و المراد به البیع بثمن حال فإنّه مقبوض بالفعل و القوّة انتهی فتأمّل جیّدا و امّا النّسیئة فمأخوذة من النّسیئ بمعنی التأخیر قال فی الصّحاح نسأت الشیء نساء ای أخّرته و (- ککک-) انسأته فعلت و أفعلت بمعنی تقول استنسأته فأنسأنی الی ان قال و النّسائة بالضمّ التأخیر مثل الکلاة و کذلک النّسیئة علی فعلیة تقول نساء البیع و انسأته و بعته بنسئة و بعته بکلاة و بعته بنسئة أو بأخرة انتهی و حکی فی (- لک-) عن الهروی انّه قال سمعت الأزهری یقول أنسأت الشیء إنساء و نسیئا اسم وضع موضع المصدر الحقیقی انتهی و یوافقه فی التّصریح بکون النسیء اسما عبارة القاموس قال فی تاج العروس و نساء الشیء نساء باعه بتأخیر تقول نسأته البیع و انسأته فعل و افعل بمعنی و بعته بنسئة بالضمّ و بعته بکلاة و نسیئة علی فعیلة ای بعته بأخرة محرکة و النّسیئة و النّسیء بالمد الاسم منه انتهی و بالجملة فالمراد بالنّسئة هنا هو البیع مع تأجیل الثمن و تأخیره کما هو واضح

قوله طاب ثراه قال فی (- کرة-) ینقسم البیع باعتبار التأخیر

و أقول قد صدر منهم (- قدّهم-) تقسیم البیع تارة بالنّسبة إلی تعجیل الثمن و المثمن و تأخیرهما و التفریق إلی أربعة أقسام و اخری بالنسبة إلی کافة متعلقاته إلی عشرة فما زاد امّا الأوّل فتقریره انّه امّا ان یقع مطلقا أو مشروطا و علی الثانی فامّا ان یکون الشرط تعجیل الثمن و المثمن جمیعا أو تاجیلهما جمیعا أو تعجیل الثمن و تأجیل المثمن أو بالعکس فالأوّل و أوّل الثانی هو النقد و ثانی الثانی بیع الکالی بالکالی و الثالث السّلم و الرّابع النّسیئة و بعبارة أخری أخصر العوضان امّا حالان و هو النّقد أو مؤجّلان و هو الکالی بالکالی أو الثمن حال دون المثمن و هو السّلف أو بالعکس و هو النّسیئة أمّا النّقد و النّسیئة و السّلم فلا خلاف فی مشروعیّتها و امّا بیع الکالی بالکالی فقد ادّعی فی التنقیح الاتفاق علی بطلانه و فی (- الروضة-) انّه انعقد الإجماع علی فساده و ادّعی الإجماع علیه فی الغنیة و کشف الظّلام (- أیضا-) و قد روی من طریق العامّة انّه نهی النّبی (- ص-) عن بیع الکالی بالکالی و فسّره غیر واحد منهم بأنّه بیع النّسیة بالنّسئة و بعبارة أخری بیع المضمون المؤجّل بمثله و یظهر من النّهایة الأثیریّة أنّ الکالی بالکالی هو الدّین بالنّسئة حیث فسّر ذلک بأنّه بیع المؤجّل بعد حلوله علی المشتری بأجل أخر فإنّه (- ح-) دین لا نسیئة إذ المراد ببیع الدین بالدّین علی ما صرّح به بعضهم و یظهر من اخرین بیع شیء مستقرّ فی ذمّة أحد قبل العقد بشیء مستقرّ فی ذمّته (- أیضا-) قبل ذلک أو فی ذمّة أخر ثالث قبل حلولهما امّا بیع دین متحقّق قبل العقد و إن کان مؤجّلا بالأصل ثمّ حلّ بثمن مؤجّل یکون دینا بهذا العقد الثّانی فلا یسمّی بیع دین بدین و ان أطلقه بعض المحقّقین علی بیع الدّین نسیئة الظاهر فیما استظهرناه من النهایة الأثیریّة و فی (- لک-) انّه بالهمزة بیع النّسیة بالنّسئة علی ما فسّره جماعة من أهل اللّغة اسم فاعل من المراقبة کان کلّ واحد من المتبایعین یکلأ صاحبه ای یراقبه لأجل ماله الّذی فی ذمّته و فیه (- ح-) إضمار أی بیع مال الکالئ بمال الکالئ أو اسم مفعول کالدّافق فلا إضمار انتهی و الوجه فیما نبّه علیه من الحاجة الی الإضمار علی الأوّل واضح ضرورة استحالة ورود البیع علی المتعاقدین لکن لا یخفی علیک انّه علی الثانی (- أیضا-) یحتاج إلی إضمار لفظ المال غایة ما هناک انه علی الأول بالإضافة و علی الثّانی بالتوصیف و کیف کان فهو علی التقدیرین مجاز من تسمیة الشّیء بما یئول إلیه لأن حال العقد هنا لیس هناک کالی و بالجملة فقد اضطربت کلماتهم فی تفسیر العبارة و قد یقال انّ ظاهر تعبیرهم بالکالی دون الدّین قصر التّحریم علی بیع المضمون المؤجّل بالمؤجل دون الدّین بالدّین بالمعنی الّذی مرّ مع انّ أخبارهم خالیة عن التعبیر بالکالی و انّما الموجود فی أخبارهم هو النّهی عن بیع الدّین بالدین کما ورد فی روایة طلحة بن زید فی الصّحیح فی بیع الدّین قال لا یبیعه نسأ و امّا نقدا فیبیعه بما شاء و الّذی یقتضیه التحقیق و یرتضیه النّظر الدقیق هو انّ المراد ببیع الکالی بالکالی هو بیع الدّین بالدّین و ذلک لانّ بطلان بیع الکالی بالکالی متفق علیه و کذا بطلان بیع الدّین بالدّین و امّا بیع الدّین بالنّسئة و النّسیة

بالنّسئة فمختلف فیه فیلزم ان یکون المراد ببیع الکالی بالکالی ما اتفقوا علی بطلانه لا ما اختلف فیه و الّا للزم کون کلّ من المترادفین مخالفا للآخر و إذ قد عرفت ذلک ناسب ان نتعرّض هنا لکلّ من مسئلة بیع الدّین بالدّین و مسئلة بیع الدّین بالنّسئة و بیع النّسیة بالنسئة إجمالاـ و نوکّل توضیح ذلک الی المسئلة العاشرة من المقصد الثالث من الفصل العاشر فی السّلف من منتهی المقاصد فنقول امّا المسئلة الأولی فمجمل القول فیها انّه لا یجوز بیع الدّین السّابق علی العقد بدین سابق علی العقد (- مط-) سواء کانا حالّین ابتداء أو بعد انقضاء اجلهما أو مختلفین قبل حلول الأجل أو بعده بلا خلاف فی ذلک ینقل و لا اشکال یحتمل و قد استفاض نقل الإجماع علیه و الأصل فی ذلک الصّحیح الّذی رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن محمد بن یحیی عن احمد بن محمّد عن ابن محبوب عن إبراهیم بن مهزم عن طلحة بن زید عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله لا یباع الدّین بالدّین و امّا المسئلة الثانیة فبیانها انّهم اختلفوا فی بیع الدّین بعد حلوله بالثمن المؤجّل علی قولین أحدهما الحرمة و البطلان و هو خیرة الحلی

و کثیر بل فی الجواهر انّه المشهور و ثانیهما الکراهة و هو خیرة المحقّق و جماعة استنادا إلی أصالة عدم المانعیّة و عمومات البیع و العقود و التجارة السّلیمة عن المعارض إذ لیس للقائلین بالحرمة إلّا أمرین أحدهما أصالة الفساد و عدم ترتّب الأثر و سقوطها بعد وجود العمومات و أصالة عدم المانعیّة واضح الثانی انّ المؤجّل یقع علیه اسم الدّین فیکون من بیع الدّین بالدّین و هو منهی عنه بالنصّ و الإجماع و ناقش فی ذلک فی (- لک-) بمنع إطلاق اسم الدّین حقیقة الّا علی ما ثبت فی الذمّة و العوض هنا لا یثبت فی الذّمة إلّا بعد العقد فلم یتحقّق بیع الدّین بالدّین و انّما یصدق بیع الدّین بالدّین إذا کان العوضان معادینین قبل المعاوضة کما لو باعه الدّین الذی فی ذمّته بدین أخر له فی ذمّته أو فی ذمّة ثالث أو تبایعا دینا فی ذمّة غریم لأحدهما بدین فی ذمّة غریم للآخر و نحو ذلک لاقتضاء الباء کون الدّین نفسه عوضا و المضمون الذی لم یکن ثابتا فی الذّمة قبل ذلک لا یعدّ جعله عوضا بیعا بدین و امّا قولهم اشتری فلان کذا بالدّین مریدین به انّ الثمن فی ذمّته لم یدفعه فمن باب المجاز یریدون به انّ الثمن بقی فی ذمّته دینا بعد البیع و لو لا ذلک کلّه للزم مثله فی الحال لإطلاقهم فیه ذلک نعم الدّین المبیع یطلق علیه اسم الدّین قبل حلوله و بعده فلا بدّ فی المنع من دین أخر یقابله و أجاب عن ذلک فی الجواهر بمنع کون المراد بالنصّ ذلک لا غیر قال و تعلّق الباء أعمّ إذ یمکن کون المراد المنع من بیع الدّین بالدّین المقابل للعین و الحال ای لا تبع

ص: ۱۹۸

الدّين بهذا الصّنف من البيع فيكون التّعريف إشارة الی هذا القسم من البيع المعهود فی الذّهن و (- ح-) فأظهر الفردين المؤجّل فی العقد لا العكس و أنت خبير بإباء ظاهر الخبر عمّا ذكره و ثانی الشّهيدين لم يكن ينكر إطلاق الدّين علی ما يكون دينا بالعقد بل كان يدعی كون الإطلاق مجازا و ان قوله عليه السّلام لا يباع الدّين بالدّين ظاهر فی بيع ما فی الذّمة بما فی الذّمة فما عليه المحقّق فهو الأقرب و اللّه العالم و من هنا ظهر الحال فی المسئلة الثالثة و هی بيع النّسية بالنّسئة و توضيح الكلام فی ذلك كلّه و فی سائر أقسام بيع الدّين يطلب من الموضع المتقدّم إليه الإشارة و امّا الثانی أعنی تقسيم البيع بالنّسبة إلی كافّة متعلّقاته إلی عشرة فما زاد فبيانه انّه قد صرّح جماعة منهم المحقّق الثّانی فی (- مع صد-) بان أنواع البيع عشرة قالوا لأنّها اما ان تنسب إلی الأجل و هی أربعة لأنّه امّا ان يكونا حالّين و هو النّقد أو مؤجّلين و هو بيع الكالی بالكالی أو الثمن حالا و هو السّلف أو العوض و هو النّسية و امّا ان تنسب الی الأخبار برأس المال و عدمه و هو (- أيضا-) أربعة لانّه امّا ان يخبر به أولا و الثانی المساومة و الأوّل امّا ان يبيعه برأس المال أولا فالأوّل التّولية و الثّانی امّا ان يبيعه بربح أولا فالأوّل المرابحة و الثانی المواضعة و امّا ان تنسب إلی المساواة بين العوضين فهو اثنان لأنّه إن وجبت المساواة فهو الربوی و ان لم تجب فهو غيره و قد أشار الی الأقسام العشرة فی (- عد-) (- أيضا-) و عن شيخ المتأخرين الشهيد (- قدّه-) انّه قال هذه هی الأقسام المشهورة و لعلّهم أرادوا بها التنبيه علی غيرها لا الحصر فيها إذ هنا أقسام أخر للبيع باعتبارات أخر لأنّه بالنّسبة إلی القبض فی المجلس ثلثة لأنّه ان وجب قبضهما فی المجلس فهو الصّرف و ان وجب قبض الثمن فهو السّلم و ان لم يجب فهو الباقی و بالنّسبة إلی الخيار و عدمه أربعة لانّه امّا ان يكون فيه خيار أم لا و الأوّل امّا خيار عام و هو المجلس أو خاصّ بحسب أمر خارج و بالنّسبة إلی التقدير ثلثة لانّه امّا ان يكون مقدرا دائما كالنّقدين أو غير مقدّر دائما كالحيوان أو مقدّرا فی حال دون حال كالثّمرة و بالنّسبة إلی العين و الدّين أربعة لأنّه لا يخلو امّا ان يكون الثمن و المثمن عينين أو دينين أو الثمن عينا و المثمن دينا أو بالعكس و لا يستلزم الأجل و بالنّسبة إلی إقرار المبيع و الثمن فی الملك ثلثة لانّه امّا ان لا يستقرّ أصلا كالمعاوضة علی من ينعتق عليه أو يستقرّ فی حال دون حال كالمتزلزل من خارج كالمتضمّن لشرط أو المستحقّ للشفعة أو يكون مستقرّا دائما و هو ما عداه ممّا لا خيار فيه و بالنّسبة إلی الافتقار إلی الضّميمة ثلثة لانّه امّا ان يفتقر دائما و هو العبد الأبق و الحمل و اللّبن فی الضّرع أو فی حال دون حال كالثمرة قبل بدو صلاحها أو لا يفتقر أصلا و هو ما عدی ذلك انتهی المحكی من كلامه زيد فی إعلاء مقامه و قال فی الوسيلة ان البيع ينقسم عشرين قسما بيع الأعيان المرئية و بيع خيار الرّؤية و بيع النّسية و بيع السّلف و بيع المرابحة و بيع الصّرف و بيع الجزاف و بيع الغرر و بيع تبعّض الصّفقة و بيع الحيوان و بيع الفضولی و بيع الإقالة و بيع الثمار و بيع المياه و بيع الديون و الأرزاق و بيع ما لم يقبض و بيع ما يباع حملا بعد حمل أو جزءة بعد جزءة و بيع يدخله الرّبا و البيع الفاسد و احكام الردّ بالعيب انتهی و لا يخفی ما فی تقسيمه من النّظر و تقسيم الشّهيد (- قدّه-) امتن و لعلّ المتدبّر البصير يزيد فی تعداد الأقسام علی ما ذكره الشهيد (- ره-) (- أيضا-) لكن ليس فيه كثير فائدة و انّما نبّهناك عليه طردا للباب و تذكارا للأقسام و لذا لم نطل الكلام فی ذلك

[مسألة فی أن إطلاق العقد يقتضی النقد]

قوله طاب ثراه مسئلة إطلاق العقد يقتضی النّقد (- اه-)

قال فی مفتاح الكرامة انّ معنی قولهم إطلاق العقد يقتضی حلول الثمن انّما هو عدم تقييده بالشرط و الفرق بين ما يقتضيه مطلق العقد و بين ما يقتضيه إطلاق العقد انّ ما يقتضيه الأوّل انّما هو من لوازمه مثل تعيين الثمن و المثمن و هی لا تنفك عنه فلا يصحّ اشتراط خلافها الّا ما شرع للإرفاق كخيار الحيوان و المجلس فليتأمّل ذلك و انّ ما يقتضيه الثّانی يصحّ اشتراط خلافه كما فيما نحن فيه ثمّ انّ البيع النّقد لما كان عبارة عن بيع الحال بالحال كان تعبير (- المصنف-) (- ره-) بالنقد اولی ممّا فی كلام الأكثر من التّعبير بالثمن الحال إذ يتّجه عليهم انّ مقتضی أدلّتهم عدم الفرق بين الثمن و المثمن فی اقتضاء إطلاق العقد الحلول و التّعجيل و لذا تعرّض فی

المقنعـة لهما فلا وجه لاقتصارهم على ذكر ذلك فى الثمن خاصّـة و إن كان يمكن الاعتـذار لهم عن ذلك بأنّهم هنا بصدد بيان حال تأجيـل الثمن و ان محـلّ التعرّض لتأجيـل المثمن و تعجيله مبحث السّـلم فليس اقتصـارهم على ذكر الثمن من باب القصـر عليه و ربّما اعتذر فى مفتاح الكرامة بوجه أخر و هو كون مرادهم بذلك الإشارة إلى وجوب اقباض الثمن قبل ان يتسلّم المبيع كما حكى مثله فى الإجارة على العين من ظاهر جماعـة و فيه نظر ظاهر ضـرورة صدور القصـر المذكور من غير القائلين بذلك (- أيضا-) ثمَّ انّ ما ذكره الماتن (- ره-) من اقتضاء إطلاق العقد تعجيل الثمن ممّا صرّح به جماعة كثيرة من غير خلاف ينقل بل جزم فى الغنية و الرّياض و (- ئق-) و المستند و غيرهـا بعـدم الخلاف فيه و قـد وقع الاحتجـاج لـذلك فى كلمـاتهم بوجوه ذكر المصـنّف اثنين منهـا و الثّالث انّ الإطلاق ينصـرف الى الفرد الشّائع المتعارف الاسـتعمال و لا ريب فى شـيوع اسـتعمال البيع المطلق فى الحال بحيث لو أريـد المؤجّل لقيّد بالنّسـئة الرابع ما فى المسـتند من انّه لو لا الحلول (- ح-) فاما ان ينصـرف إلى أجل معيّن و هو تحكّم باطل أم لا ينصـرف فيلزم ابطال البيع و هو فاسد إجماعا و نصّا فتعيّن الحلول و الوجهان غير خاليين من شوب المناقشة فتدبّر

قوله طاب ثراه و يدلّ على الحكم المذكور (- أيضا-) الموثّق (- اه-)

قد رواه ثقة الإسـلام (- ره-) عن محمّد بن يحيى عن احمد بن محمّد عن احمد بن الحسن عن عمرو بن سـعيد عن مصدّق بن صدقة عن عمّار بن موسـى عن أبى عبـد اللّه عليه السّـلام و متنه كما فى المتن لكن فى النّسـخة المعتمدة زاد الفاء قبل كلمة قال و أبدل قوله شرطا بقوله اشترطا و المراد بالاشتراط المعلّق عليه كونه نقد اشتراط التّأخير كما يظهر بقرينة المقابلة و الدلالة واضحة

قوله طاب ثراه و لو اشترطا تعجيل الثمن كان تأكيد المقتضى الإطلاق على المشهور (- اه-)

قـد قطع جمع من الأصـحاب بـانّ من ابتـاع شـيئا و اشترط التّعجيـل كـان الثمن حالا بـل لا خلاف و لا إشـكال فى ذلك لعموم أدلّة الشّـروط و لزوم الوفاء بالعقود و انّما وقع الكلام فى انّه هل لاشتراط التعجيل ثمر فارق بينه و بين الإطلاق أم لا بل هو مؤكّد لمقتضـى الإطلاق فالمشـهور كما فى الرّوضـة و المتن هو الثّانى و حكى عن بعضـهم الأوّل مسـتندا الى دعوى وجود الفرق من وجهين أحدهما انّه على الإطلاق لا يجب الـدّفع إلّا بمطالبـة المنتقل اليه بخلاف الاشتراط فإنّه يوجب وجوب الدّفع عليه من غير مطالبة ثانيهما انّه على الإطلاق لا يثبت بالتّأخير خيـار بخلافه على الاشتراط فـإنّ التّأخير معه يوجب الخيار و تحقيق الحقّ يتوقّف على البحث عن كلّ من الوجهين امّـا الثّانى فيـأتى من المصـنّف (- ره-) التعرّض له و امّـا الأوّل فبيانه انه قال بعض الأواخر انّ المراد بالحلول اسـتحقاق البائع المطالبـة بالثمن بمجرّد العقـد فيجب على المشترى دفعه اليه (- ح-) فورا ان لم يكن له خيار أو كان و لم يفسخ ثمَّ قطع بعدم وجوب المبادرة عليه بـدفعه اليه بـدون مطالبته إن كان العقـد (- مط-) ثمَّ اختار وجوب المبادرة مع اشتراط التعجيل و على هذا المنوال نسـج صاحب الجواهر (- ره-)

ص: ۱۹۹

حيث قال انّ الإطلاق يفيد استحقاق المطالبة فى كلّ وقت كما هو مقتضى الحلول فى كلّ دين امّا وجوب الدّفع فعلى المطالبة فعلا و (- ح-) فاشتراط التّأجيل يفيد وجوب الدّفع بدونها فهو أمر غير ما يقتضيه العقد انتهى و أنت خبير بأنّه لا فارق بين الإطلاق و بين اشتراط التّعجيل بوجه سيّما بعد الاعتراف بكون الإطلاق منصرفا الى المعجّل فاللّازم امّا القول باقتضاء العقد التقابض من غير مطالبة كما هو ظاهر جمع أو القول بعدم وجوب المبادرة إلى الدّفع من دون مطالبة نظرا الى الأصل فالفرق بين الإطلاق و الاشتراط ممّا لا ارى له وجها نعم لا نضايق من وجوب المبادرة من دون مطالبة عند اشتراط ذلك فى ضمن العقد لكنّه غير اشتراط التعجيل كما لا يخفى

قوله طاب ثراه لكونه خلاف (- اه-)

علّة لقوله لا ان يعجل (- اه-) و الموجود فى جملة من النّسخ كلمة لكنّه بدل لكونه و النّسخة التى عندى مصحّحة و الموجود فيها كلمة لكونه و سوق العبارة (- أيضا-) يعيّن ذلك و ربّما ناقش بعض الأجلّة بالمنع ممّا فى المتن و ادّعى كون المتفاهم العرفى دفعه و لو مع عدم المطالبة و هو كما ترى

قوله طاب ثراه مع انّ مرجع عدم المطالبة (- اه-)

هذا توجيه أخر لمقالة المشهور و توضيحه انا لو تنزّلنا عن دعوى كون المفهوم عرفا من اشتراط التعجيل ارادة عدم المماطلة و التّأخير عن زمان المطالبة فلا أقلّ من دعوى كشف عدم مطالبة المستحقّ فى زمان استحقاقه لها عن إلغاء هذا الحق المشروط اعنى التّعجيل فى هذا المقدار من الزّمان و هذا هو الظّاهر من عبارة (- المصنف-) (- ره-) و بذلك ظهر لك سقوط ما اعترض به بعضهم على الماتن (- قدّه-) من انّه مع فرض كون مفاد الشّرط الدّفع و لو مع عدم المطالبة لا نسلّم ان عدم المطالبة راجع الى إسقاط الحقّ توضيح السّقوط انّ المصنّف (- ره-) انّما تنزّل عن دعوى كون المتفاهم عرفا من اشتراط التعجيل ارادة عدم المماطلة عن زمان المطالبة و سكت عن الالتزام بخلاف ذلك و عليه فدعوى الكشف موجّهة و لم يلتزم بانفهام وجوب الدّفع و لو مع عدم المطالبة متى تفسد دعوى الكشف كيف لا و (- المصنف-) (- ره-) يجلّ عن ارتكاب مثل هذا التهافت الّذى أخذه عليه هذا البعض سلّمه اللّه تعالى

قوله طاب ثراه و كيف كان (- اه-)

أشار بذلك الى الخلاف فى انّ عدم دفع المشترى الثمن فى أوّل أزمنة وجوبه عليه هل يوجب تسلّط البائع على الفسخ أم لا فانّ فى ذلك أقوالا أربعة أحدها التسلّط مطلقا و هو الذى احتمله قويّا فى (- لك-) و استحسنه الماتن (- قدّه-) ثانيها عدم التسلّط مطلقا حكاه بعضهم قولا ثالثها التّفصيل بين الإطلاق و الاشتراط بالثبوت على الثانى دون الأوّل و هو الّذى يظهر من الشهيد (- ره-) فيما حكى عن الدّروس حيث جعل فائدة الشّرط ثبوت الخيار إذا عيّن زمان النّقد فأخلّ المشترى به رابعها التفصيل بين إمكان إجباره على التعجيل و عدمه حجّة الأوّل انّ فائدة الشّرط المأخوذ فى العقد اللازم هو اللّزوم من جانب المشترط عليه و الخيار من جانب المشترط على تقدير عدم إتيان المشروط عليه به و فوات وقت إمكانه كى يلزم به و حيث فهم من الإطلاق اشتراط التعجيل جرى الخيار فيه (- أيضا-) مع الإخلال به لعين ما ذكر فى صورة التّصريح باشتراط التعجيل و حجّة الثّانى منع اقتضاء نفس الشّرط ثبوت الخيار للمشترط عند تخلّف الشرط و انّما ثبت الخيار عند تخلّف الشّرط الدليل و حجّة الثّالث امّا على ثبوت الخيار عند اشتراط التعجيل فما دلّ على ثبوت الخيار بتخلّف الشّرط و امّا على عدم الثبوت عند الإطلاق فهى انّه مع الإطلاق لا يفهم ذلك على سبيل التقييد و العلّية بل غايته انّ التعجيل داع لا يرتفع اللّزوم بارتفاعه و يمكن تعليل عدم الثّبوت مع الإطلاق بأنّ مورد اخبار خيار التّأخير انّما هو الإطلاق و قد دلّت على لزوم البيع الى ثلثة أيّام لكن مقتضى ذلك التفصيل بعدم ثبوت الخيار مع الإطلاق قبل الثلاثة و ثبوتها بعدها و حجّة الرّابع انّه مع إمكان الإجبار لا دليل على جواز الفسخ و الأصل لزوم البيع و الى جوابه أشار (- المصنف-) (- ره-) بقوله (- قدّه-) فيما يأتى

و لا ـ حاجة الى تقييد الخيار (ـ اه‍ـ) و أقول لا ـ ينبغى الرّيب فى عدم ثبوت الخيار بالتّأخير مع إطلاق العقد الّا بعد الثلاثة بالقيود المزبورة فى خيار التأخير و امّا مع اشتراط التّعجيل فالحال فيه هى الحال فى الإخلال بسائر الشروط فى إيجاب الخيار و عدمه و فى التقييد بصورة عدم إمكان الإجبار و إمكانه فما عن (ـ س ـ) لعلّه الأجود و اللّه العالم

قوله طاب ثراه و لا يقدح فى الإطلاق عدم تعيين زمان التعجيل (ـ اه‍ ـ)

أراد بالإطلاق إطلاق اشتراط التعجيل لا إطلاق أصل العقد و قد أشار بالعبارة إلى ردّ صاحب الجواهر (ـ ره ـ) فإنّه ناقش فى صحّة اشتراط التعجيل بتعدّد افراد التّعجيل و اختلافها فلا يصحّ مع الشّرط عدم التعيين للجهالة ثمّ قال و على تقدير الصّحة فدعوى التسلّط على الخيار بالإخلال به فى أوّل وقت يمكن منعها لعدم صدق الإخلال بالشّرط حتّى تنتفى سائر الأفراد نحو التكليف بالمطلق انتهى و حاصل الجواب انّ تعدّد افراد التعجيل و اختلافها لا يوجب جهالة الشّرط الموجبة لفساده بعد انصراف التّعجيل المطلق الى الدّفع فى أوّل أزمنة إمكان الدّفع عرفا فمثل التعجيل المطلق مثل العقد المطلق فكما ينصرف ذاك الى المعجّل فكذا ينصرف هذا إلى أظهر أفراد التعجيل عرفا و بعد انصرافه اليه يكون بحكم اشتراط ذلك فيوجب تأخير الدّفع عن أوّل أوقات الإمكان الخيار فالانصراف المذكور يخرجه عن الشّباهة بالتكليف بالمطلق و يجعله نحو التكليف بفرد من المطلق (ـ فت ـ)

قوله طاب ثراه و لا حاجة الى تقييد الخيار هنا بصورة عدم إمكان الإجبار على التّأجيل

أشار بهذه العبارة إلى أخرها إلى ردّ صاحب الجواهر (ـ ره ـ) (ـ أيضا ـ) فإنّه أورد على ما فى (ـ س ـ) و غيره من إطلاق إثبات الخيار فى صورة الإخلال بالتعجيل المشترط بأنّه لا بدّ من تقييد الخيار بعد إمكان الإجبار كما فى (ـ لك ـ) و الّا أجبر على الوفاء به انتهى و العبارة تنحلّ إلى إيرادين أحدهما ما أشار إليه بقوله لانّ المقصود هنا (ـ اه‍ ـ) و حاصله انّ الغرض هنا هو الإشارة الى انّ اشتراط التعجيل يقتضى ثبوت الخيار عند تخلّف ذلك كما فى الإخلال بسائر الشّروط المأخوذة فى ضمن سائر العقود يوجب الخيار للمشروط فمن أهمل قيد عدم إمكان الإجبار فإنّما عوّل على بيان ذلك فى مبحث الشّروط فمن اعتبر عدم إمكان الإجبار فى إيجاب تخلّف الشرط الخيار اعتبر هنا (ـ أيضا ـ) و من لم يعتبر ذلك هناك لم يعتبره هنا قلت ما ذكره و إن كان يصحّ عذرا ان لو كان غرض صاحب الجواهر (ـ ره ـ) منع صحّة الإحالة الى ذلك المقام و ليس (ـ كك ـ) بل الظاهر ان غرضه دفع توهم ثبوت الخيار (ـ مط ـ) ثانيهما ما أشار إليه بقوله مضافا الى عدم جريانها (ـ اه‍ ـ) و حاصله انا لو سلّمنا تقيّد ثبوت الخيار بتخلّف سائر الشروط بعدم إمكان إجبار المشروط عليه على الوفاء بالشرط فلا نسلّم تقييد ثبوت الخيار بفوات التعجيل المشروط بعدم إمكان الإجبار و ذلك لانّه قبل زمان انقضاء التعجيل لا ـ يجوز الإجبار لأنّ الإجبار انّما يكون عند امتناع من عليه الحقّ من أدائه و لا يتحقّق الامتناع الّا بانقضاء زمان نقد الثمن و بعد انقضاء زمان التعجيل لا ينفع الإجبار لأنّه غير الزّمان المشروط فيه الأداء هذا و ربّما أجاب عن ذلك بعضهم أوّلا بأنّه انما يتمّ ان لم يكن زمان التعجيل المشترط ممتدّا بحيث يتصوّر له أوّل و أخر أو كان (ـ كك ـ) و قلنا بجواز تأخيره إلى أخر زمانه كما هو الحقّ و امّا ان قلنا بعدم جواز ذلك و انّ التأخير عن أوّل وقته موجب للخيار كما اختاره (ـ المصنف ـ)

ص: ۲۰۰

(- قدّه-) فیتصوّر الإجبار و یجری فی المقام حکمه فإنّه لو أخّر عن أوّل زمانه یکون له الخیار إذا لم یمکن إجباره بناء علی التقیید به إذ (- ح-) یکون إجباره علیه إجبارا علی الوفاء بالشرط لانّ المفروض سعهٔ زمانه و إن کان یجب المبادرهٔ علیه فی أوّل أوقاته و ثانیا انّه بناء علی عدم امتداد زمان التّعجیل أو امتداده مع جواز التّأخیر إلی أخر زمانه (- أیضا-) و إن کان لا یتصوّر الإجبار بعد فوات الوقت الّا انّه یتصوّر قبله غایهٔ ما هناک انّه بناء علی عدم توسعهٔ زمانه له إجباره علیه من أوّل الأمر کما فی الواجب المضیق إذا علم من حال المکلّف البناء علی ترکه علی فرض توسعته و جواز التّأخیر إلی أخر أزمنهٔ له إجباره فی الجزء الأخر من الوقت فما ذکره (- المصنف-) لا وجه له

[مسألهٔ فی جواز اشتراط تأجیل الثمن مدهٔ معینهٔ]

قوله طاب ثراه مسئلهٔ یجوز اشتراط تأجیل الثمن (- اه-)

هذا ممّا صرّح به جمع کثیر من الأصحاب من غیر خلاف ینقل بل نفی فی (- کرهٔ-) العلم بالخلاف فیه و حکی فی مجمع الفائدهٔ عن (- کرهٔ-) دعوی الإجماع علیه و استظهر الإجماع علیه فی الرّیاض و ادّعی تحقّقه فی المستند و الجواهر و الأصل فی ذلک عمومات العقود و البیع و الشروط و خصوص الأخبار المستفیضهٔ بل المتواترهٔ معنی الآتیهٔ فی طی المسائل إنشاء اللّه تعالی المؤیّدهٔ بالسّیرهٔ المستمرّهٔ فی الأعصار و الأمصار کافّهٔ من غیر نکیر من صلحاء الطّائفهٔ و بدعاء الضّرورهٔ إلیه کما نبّه علیه فی (- کرهٔ-) بقوله لو شرط تأجیل الثمن فی صلب العقد فإنّه یصحّ و یکون البیع نسیئهٔ لأنّ الحاجهٔ تدعو الی الانتفاع بالمبیع معجّلا و استغناء مالکه عنه و حاجته الی الثّمن مؤجّلا فوجب ان یکون مشروعا تحصیلا لهذه المصلحهٔ الخالیهٔ عن المبطلات انتهی لکن فی جعل ذلک دلیلا کما صدر منه (- ره-) ما لا یخفی و الأولی ما صدر منّا من جعله مؤیّدا بقی هنا أمور ینبغی التنبیه علیها الأوّل انّه لا فرق فی جواز التّأجیل بین جمیع الثمن و بعضه فلو أجّل بعضا و عجّل البعض الأخر جاز بلا إشکال لإطلاق الأدلّهٔ الثّانی انّ مقتضی اشتراط تأخیر الثمن مدّهٔ معیّنهٔ هو کون التّأخیر حقّا لکلّ من البائع و المشتری بحیث انّه لو دفع المشتری قبل الأجل کان للبائع الامتناع من تسلّمه و لو طالب البائع قبل الأجل کان للمشتری الامتناع من دفعه کما ستعرف توضیحه (- إن شاء الله-) (- تعالی-) و انّما الکلام فی انّه لو شرط المشتری جواز التأخیر لنفسه بان یکون حقّا له فقط بحیث لو دفعه قبل الأجل لم یکن للبائع الامتناع من تسلّمه فهل یجوز ذلک أم لا وجهان استظهر أوّلهما بعض اجلّهٔ المعاصرین و زاد انّه یکون من بیع النّسیئهٔ ثمّ قال انّ شرط جواز التّأخیر یدخله فی النّسیئهٔ إذا کان صریحا و امّا إذا کان بالالتزام فإن کان المقصود بیان الأمرین بأن یکون المراد من قوله بشرط ان تعجّله فی الیوم أو لا تؤخّره عن هذا الیوم جواز التّأخیر إلی أخر الیوم و عدم جواز تأخیره عنه کان من المؤجّل (- أیضا-) و امّا إذا کان المقصود مجرّد عدم التّأخیر فی الیوم فلیس منه ثمّ قال بل یمکن ان یقال انّه إذا طالب قبل أخره یجب أدائه فیکون فائدهٔ الشرط عدم جواز التّأخیر عن الیوم و انه لو أخّره یکون من تخلّف الشّرط انتهی و تأمّل فی ذلک صاحب المستند (- ره-) حیث قال لو لم یشترط التّأخیر و لکن شرط جواز التأخیر إمّا صریحا نحو قوله بعتک بشرط ان یکون لک التّأخیر إلی عشرهٔ أیّام أو التزاما نحو بعتک بشرط ان لا تؤخّر الثمن عن عشرهٔ أیّام حیث انّه یفهم منه عرفا انّ له التّأخیر ما دون العشرهٔ و منه قوله بعتک بشرط ان تؤدّی الثمن أو تعجّله فی الیوم فإنّه یستلزم جواز التّأخیر ما لم یفت الیوم ففیه اشکال سیّما إذا کان زمان تجویز التّأخیر قلیلا بالنّسبهٔ إلی جعله نسیئهٔ مع انّ شرط التّأخیر ساعهٔ نسیئهٔ قطعا أو کان الزمان طویلا بالنّسبهٔ إلی احتمال کونه نقدا نحو سنهٔ فانّ الظاهر انّ الأوّل نقد سیّما إذا قال بشرط ان تؤدّی الثمن الیوم أو السّاعهٔ و الثانی نسیئهٔ سیّما إذا قال بشرط ان یکون التأخیر إلی سنهٔ أو لا تؤخّر عن السّنهٔ مع انّ شرط التّأجیل یکون نسیئهٔ من غیر فرق بین الزمان القلیل أو الکثیر و یحتمل ان یشترط فی التعجیل عدم شرط التّأخیر (- مط-) و لا تجویزه إلّا فی مدّهٔ قلیلهٔ لا ینافی التعجیل عرفا نحو ساعهٔ أو یوم و یظهر من (- لک-) و غیره ان شرط التعجیل فی هذا الیوم مثلا نقد حیث عیّن مثل زمان التعجیل و تظهر

الثمرة فى مواضع كثيرة منها خيار تأخير الثمن عن ثلثة فتأمّل انتهى و قد نظر فيما جعله ثمرة الى ما تقرّر فى مبحث خيار التّأخير من اشتراطه بعدم كون الثمن مؤجّلا- و الا- لم يكن للبائع خيار التّأخير و لو قصر الأجل و لعلّ الأمر بالتّأمّل للإشارة الى انّ المدار هناك على جواز التأخير و لو لم يصدق عليه النسيئة و المؤجّل كما نبّه على ذلك بعضهم و أقول الّذى يظهر لى انّ كلّ بيع أجّل فى ثمنه كان من النّسيئة سواء كان التّأجيل على نحو ظرفيّة تمام أجزاء الأجل للدّفع أو كان على نحو ظرفيّة أخر الأجل للأداء لأنّ كلّ ما لم يعجّل فيه الثمن و اشترط تأخيره و لو زمانا قصيرا فهو من النّسيئة و عمومات البيع و التّجارة و العقود و الشّروط تقضى بصحّته غاية ما هناك انّه على الأوّل فى أىّ جزء من

اجزاء الزّمان دفع المشترى الثمن لزم البائع تسلّمه منه و ليس له مطالبة المشترى به الى ان يكون أواخر الأجل و على الثانى لا يجب على البائع تسلّم الثمن قبل حلول الأجل ان دفعه المشترى و ليس للبائع مطالبة به الّا بعد انقضاء الأجل و الاشكال فى صحّة الأوّل لا وجه له كما لا وجه لإلحاقه عند قصر المدّة بالنّقد و بالجملة فكلّ بيع اشترط فيه تأخير الثمن يجرى عليه حكم النّسيئة و يصحّ و منه ما لو باع بشرط ان يكون له مطالبة الثمن الى شهر بل و كذا لو باع بشرط ان لا يطالب بالثمن الى شهر لاستوائهما فى عدم مشروعيّة المطالبة قبل الشهر و العجب من بعضهم حيث فرق بينهما و جعل الأوّل من المؤجّل نظرا الى كونه فى معنى تجويز التأخير إلى الشهر دون الثّانى حتّى قال انّه لو خالف و طالبه قبل تمام الشهر وجب الأداء كما لو نذر ان لا يطالب دينا أصلا أو الى زمان كذا أو فى خصوص هذا الثّمن فإنّه لا يستلزم التّأجيل و أقول انّ اشتراط عدم المطالبة كنذر عدم المطالبة يوجب حرمة المطالبة عليه و ذلك كاف فى جعله من المؤجّل فتأمّل

قوله طاب ثراه الغير المسامح فيها

احترز بذلك عن الجهالة المسامح فيها عرفا فإنّه قد صرّح جمع بعدم قدحها و قالوا انّه لا بأس بالتّأجيل الى أخر ساعة من اليوم الفلانى مع انّ السّاعة (- أيضا-) لها اجزاء بل و (- كك-) ساعات اليوم بل اليوم بالنّسبة إلى الشّهر و السّنة و نحو ذلك ما لم يصرّح بما يختلف فيه ذلك كما فى الوزن فان وزن مائة يختلف غالبا بمثاقيل عديدة و هو مغتفر الّا ان يصرّح فيقول بعتك مائة منّ أو مائة منّ إلّا عشرة مثاقيل بالتّرديد و كذا فى تراب الحنطة و نحو ذلك و الوجه فى ذلك كلّه مسامحة العرف بأمثال ذلك و عدّهم ذلك من المعيّن الموجب لارتفاع الغرر و قد ادّعى فى المستند الإجماع بل الضّرورة على اغتفار هذا القدر من الاختلافات

قوله طاب ثراه فلو لم يعيّن بطل بلا خلاف ظاهرا

قد استظهر عدم الخلاف فيه فى مفتاح الكرامة (- أيضا-) و نفى وجدان الخلاف فيه فى الجواهر و كشف الظّلام و معرفة الخلاف فيه فى المستند و الرّياض و جزم بعدم الخلاف فيه فى الكفاية و المفاتيح و فى مجمع الفائدة كانّ دليله الإجماع و فى الجواهر انّه يمكن تحصيل الإجماع عليه

قوله طاب ثراه للغرر

و قد تمسّك للبطلان باستلزام عدم التعيين على الوجه المذكور الغرر و الجهالة حتّى فى الثمن لأنّ للأجل قسطا من الثمن عرفا و عادة جماعة و ناقش الفاضل النّراقى فى المستند فى ذلك بعد نقله بمنع لزوم الغرر فى جميع الموارد قال كيف و لا غرر فى قولك بعتك إلى أخر الشهر مع احتمال تسعة و عشرين و ثلثين و يحصل الغرر بقولك بعتك إلى تسعة و عشرين الشهر أو ثلثين ثمّ قال و كذا فى تفاوت عشرة أيّام و نحوها

ص: ۲۰۱

فى نسيئة سنة نعم لا مضايقة فى قبول لزوم الغرر فيما يختلف الثمن به عرفا و عادة فإن الزّمان قيد و وصف للثّمن يختلف باختلافه ما بإزائه البتّة فأدلّة المنع عن بيع الغرر يمنع عن مثل ذلك فلو ثبت الإجماع المركّب فى جميع الموارد فهو و الّا فلا وجه للاستدلال على بطلانه بالغرر انتهى و أقول ما ذكره (- قدّه-) متين و عدم القول بالفصل بعد تبيّن كون مستندهم حديث النّهى عن الغرر غير مجد و الأصل فى غير صورة لزوم الغرر فى كلّ مورد جزئى شخصى يقتضى البراءة من اشتراط أمر زائد و عمومات البيع و العقد و التجارة تقضى بالصّحة نعم ربّما تمسّك الفاضل المزبور بعد ذلك بوجه أخر يكون هو الدافع للأصل و المخصّص للعمومات ان تمَّ قال (- ره-) عقيب كلامه المذكور ما نصّه نعم يصحّ الاستدلال بالجهل بناء على الأصل الّذى أصلناه فى كتاب العوائد من أصالة عدم صحّة جعل ما فى الذّمة ثمنا الّا ما ثبت فيه الصّحة و هو ما كان معلوما قدرا و جنسا و وصفا و قيدا انتهى كلامه رفع مقامه و الأصل الذى أشار إليه لا بأس به و يعجبنى نقل كلامه فى العوائد لتكون على خبرة من حقيقته قال (- ره-) فى العائدة الثانية و الخمسين ما نصّه قد ذكرنا فى العوائد المتقدّمة فى أوائل الكتاب أصالة عدم صحّة ملك المعدوم و أصالة عدم الملكيّة إلّا ما خرج منها بدليل و يثبت منهما أصالة عدم جواز جعل الثمن ما فى الذمّة لأنّ الثمن يصير بالبيع ملكا للبائع لأنّ البيع نقل ملك بعوض ملك أخر فلا بدّ ان يكون ممّا ثبت جواز تملّكه شرعا و لم يثبت فيما فى الذّمة على سبيل الكلّية بنحو يشمل جميع افراده و شقوقه و صوره فاللازم فيه الاقتصار على موضع الثبوت و يتفرع عليه أصالة عدم صحّة البيع بالثمن الذمّى المجهول و لو لم يكن فيه غرر إذ لا دليل على صحّة جعل مثل ذلك ثمنا و منه ما لو دخله الجهل فى قيده أو وصفه أو زمان أدائه و لو بقدر قليل و احتفظ بذلك الأصل فاجره فى موارد مدّة النّسيئة و شرط الخيار و نحوهما فانّ الفقيه ربّما ينظر فى كلمات الفقهاء فى تلك المباحث و يرى تصانيفهم فى اختلاف مدّة النسيئة و الخيار و الشرط و نحوهما و استدلالهم لها بالغرر و الجهل و يرى عدم لزوم الغرر فى جميع الموارد و لا يعلم وجه ضرر أمثال تلك الجهالات انتهى كلامه على مقامه و لعمرى انّ ما أسّسه أصل أصيل و هو لاعتبار الضّبط بما يحتمل الزّيادة و النقيصة إن تمَّ امتن دليل لكن ربّما يخطر بالبال القاصر عدم خلوّ ذلك عن مناقشة ضرورة انّه قد بنى ذلك على عدم صحّة ملك المعدوم و مستنده فى ذلك ما ذكره فى العائدة العاشرة من انّ المعدوم انّما يمتنع وجوده و تحقّقه فى الخارج امّا بعينه أو بوصفه فيمتنع بيعه و منه بيع احد هذين الشيئين غير معيّن لامتناع وجود غير المعيّن مع وصف عدم التعيين و يمكن تحقّقه و وجوده فإن كان يوجب الغرر فالأصل عدم صحّة بيعه على ما مرّ و ان لم يوجبه فالأصل فيه (- أيضا-) عدم الصّحة بمقتضى الأخبار الصّريحة الدالّة على اشتراط المملوكيّة حال البيع فى المبيع و ما لا وجود له بعد ليس ملكا (- ح-) هذا كلامه و لا يخفى عليك ابتناء جميع ما ذكره ممّا يتعلّق بالمقام على الأخبار المشترطة للمملوكيّة حال البيع فى المبيع فى صحّة بيعه و أنت خبير بتقيّد تلك الأخبار بأخبار النسيئة و السّلم فلا دلالة لها فى هذين المقامين على البطلان فما ذكره (- قدّه-) ساقط بحذافيره و ان تعلّق بعدم معقوليّة ملك ما لم يوجد بعد و لم يملكه المنتقل منه لقلنا انّ أدلّة النّسيئة و السّلم كافية فى ردّ مثل ذلك الحكم العقلى إن تمَّ لكنّ الإنصاف تماميّة ما ذكره سيّما ان قرّرناه بانّ منصرف اخبار البيع و التجارة انّما هو النّقد و صحّة النّسيئة على خلاف الأصل و الأخبار الدّالة على اشتراط المملوكيّة حال البيع فى المبيع فى صحّة بيعه و انّما خرجنا عن مقتضى ذلك بأخبار النّسيئة فينبغى ملاحظة مقدار دلالة تلك الأخبار و حيث انّها بين وارد فى الأجل المحروس من النّقص و الزّيادة و بين مهمل من هذه الجهة لزم الأخذ بالقدر المتيقّن منها و الرّجوع فى غيره الى الأصل و الأخبار المقتضية لعدم صحّة بيع المعدوم فيثبت المطلوب فتدبّر جيّد

قوله طاب ثراه و لما دلّ فى السلم (- اه-)

مثل ما رواه الصّدوق (- ره-) بإسناده عن محمّد بن يحيى عن احمد بن محمّد عن محمّد بن يحيى عن غياث بن إبراهيم عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال قال أمير المؤمنين (- ع-) لا بأس بالسّلم كيلا معلوما إلى أجل معلوم و لا تسلم الى دياس و لا الى حصاد و وجه الاستدلال عدم القول بالفصل من هذه الجهة بين السّلم و النّسيئة

قوله طاب ثراه و لا فرق فی الأجل (– اه–)

قد صرّح بأنه لیس للمدّة المضروبة فی النّسیة حدّ فی النّقصان و الزّیادة جماعة کثیرة قاطعین به بل فی (– ئق–) انّه المشهور بین الأصحاب و عن ظاهر محکی المفاتیح الإجماع علیه و فی المستند انّه لا خلاف معتدّا به فیه و فی الرّیاض انّه لا یعلم خلاف فیه منّا عدی الإسکافی و الأصل فی ذلک الأصل و إطلاقات جواز النّسیة و عمومات العقود و البیع و التجارة و لم نعثر علی ما حکی الإسکافی دلیلا نعم هناک روایتان أوردهما الماتن (– ره–) احتمل المحدّث البحرانی (– ره–) کونهما مستنده

قوله طاب ثراه و عن الإسکافی المنع عن التّأخیر إلی ثلث سنین

الّذی حکاه جمع عن الإسکافی هو المنع عن التأخیر الی أکثر من ثلث سنین و لازمه الجواز الی ثلث سنین و هذا ینافی حکایة (– المصنف–) (– ره–)

قوله طاب ثراه مثل روایة أحمد بن محمّد (– اه–)

قد رواها ثقة الإسلام (– ره–) عن عدّة من أصحابه عن سهل بن زیاد عن احمد بن محمّد قال قلت لأبی الحسن علیه السّلام انّی أرید الخروج الی بعض الجبال فقال ما للنّاس بدّ من ان یضطربوا سنتهم هذه فقلت له جعلت فداک انّا إذا بعناهم بنسئة کان أکثر للرّبح قال فبعهم بتأخیر سنة الی أخر ما فی المتن و انّما أوردنا هذا المقدار للتنبیه علی ما أسقطه (– المصنف–) من الخبر و ما أبدله من کلماته

قوله طاب ثراه و المحکی عن قرب الإسناد (– اه–)

رواه عبد اللّه بن جعفر فی محکی قرب الإسناد عن احمد بن محمّد بن عیسی عن احمد بن محمّد بن ابی نصر و المتن کما فی المتن الّا انّ کلمة قد قبل کلمة فتح قد أسقطها الماتن (– ره–) و أبدل کلمة ان قیل کلمة أردت بإذا

قوله طاب ثراه و ظاهر الخبرین الإرشاد لا التحریم فضلا عن الفساد

هذا إشارة إلی الجواب عن الخبرین و قد سبقه فی ذلک صاحب الجواهر (– ره–) و حاصله انّهما وردا مورد الإرشاد الی انّ طول الأجل یؤدّی الی تلفه أو صعوبة تحصیله فلا دلالة فی الخبرین علی التحریم فضلا عن الفساد حتّی یکونا شاهدین علی مقالة الإسکافی هذا و ربّما أجیب عن الخبرین بوجوه أخر أحدها ما فی مفتاح الکرامة من عدم انطباقهما علی مذهب الإسکافی و أقول انّ عدم انطباق الأوّل ظاهر لمنعه من التّأخیر ثلث سنین و مذهب الإسکافی علی ما حکاه صاحب (– ئق–) و غیره هو تجویز ذلک و المنع ممّا زاد علی الثلث و امّا عدم انطباق الثانی فلم افهم وجهه ضرورة دلالته علی المنع عمّا زاد عن ثلث سنین و هو بعینه مذهب ابی علی ثانیها انّهما ضعیفان سندا و أنت خبیر بانّ سند خبر قرب الإسناد من الصّحیح و عدم تواتر الکتاب لا یقدح بعد اشتهاره و شیوع العمل باخباره ثالثها الحمل علی التقیّة لذهاب بعض العامّة الی ما تضمّناه و فیه أوّلا انّ الحمل علی التقیّة من فروع التعارض المفقود فی المقام إذ لا تعارض بین المطلق و المقید و ثانیا

ص: ۲۰۲

انّ الحمل بمجرّد الموافقة لبعض غير معلوم من العامّة ممّا لا وجه له كما قرّر فى محلّه بل لا بدّ من كونه مذهب جلّهم أو كونه ممّا حكّامهم و قضاتهم اليه أصيل رابعها الحمل على الكراهة ذكره فى (- ئق-) قال لما يستلزمه من طول الأجل أو من حيث صعوبة تحصيله بعد هذه المدّة الطّويلة لما هو معلوم من أحوال النّاس فى نقل أداء الدّين و لا سيّما إذا كان بعد أمثال هذه المدّة و يمكن المناقشة فيما ذكره بأنّ النهى حقيقة فى الحرمة و الحمل على الكراهة خروج عن الظاهر من غير قرينة و العجب منه (- ره-) حيث انّه دائما يشنّع على الأصحاب فى حملهم الأمر على النّدب و النّهى على الكراهة بمجرّد ضعف سند الخبر أو اعراض الأصحاب عنه فما باله ارتكب هو ذلك هنا خامسها انّ اعراض الأصحاب كافّة عن العمل بهما يمنع من الأخذ بهما لكشفه عن سميّة فيهما قلت لو لا ذلك لكان العمل بهما متعيّنا للزوم حمل المطلق فى كلماتهم كمحاورات عبيدهم على المقيّد لكن اعراض نقدة الفن كاف فى الوهن و الاسقاط لهما عن درجة الكافية للمطلقات مع إمكان ان يقال انّهما فى نفسهما متعارضان فيسقطان و تبقى العمومات المؤيّدة بالأصل محكمة

قوله طاب ثراه نعم يبقى الكلام فى انّه إذا فرض حلول الأجل (- اه-)

هذا فى الحقيقة مستند القائل بعدم جواز الإفراط فالتّاجيل الى ما لا يبقى اليه المتبايعان غالبا و يقرّر تارة بأنّ المؤجّل يصير حالّا بموت البائع فيكون الأجل مجهولا لأنه لا تعلم تدرى نفس بأىّ وقت تموت و اخرى بما فى المتن و فى التّقريرين جميعا نظر امّا الأوّل فلانّ الحلول بموت من عليه الدّين حكم شرعى فلا يورث جهالة و لذا اتّفقوا على الجواز فى صورة عدم الإفراط مع الحلول بالموت فيه (- أيضا-) نعم لو جعل الأجل الى ان يموت كانت المدّة مجهولة و امّا الثّانى فلمنع لغويّة اشتراط ما زاد على ما يحتمل بقاء المشترى إليه ضرورة إمكان الصّلح بعد البيع على المدّة الزّائدة عن مدّة العمر الطبيعى بشىء لأنّ للأجل قسطا من الثمن و (- أيضا-) لا فرق عند التحليل بين المدّة المقطوع عدم بقاء المشترى إليها و بين المظنون بقائه إليها بعد معلوميّة عدم اطمئنان احد ببقائه و لو ساعة فإن كان احتمال ترتّب الفائدة النّاشى من احتمال البقاء كافيا كان احتمال ترتّبها النّاشى من الصّلح على الأجل الزّائد قبل الموت (- كك-) لا لعدم الفرق بينهما فتدبّر جيّدا فإنّه لا يخلو من دقّة بقى هاهنا شىء ينبغى التنبيه عليه و هو انّه حيث حلّ الأجل فى المؤجّل بموت المورث فهل للوارث خيار فسخ البيع أم لا وجهان ينشئان من انّ للأجل قسطا من الثّمن و قد فات بالحلول فلا يمكن تداركه و الفسخ دافع للضّرر الحاصل بذلك و من أصالة اللّزوم مع عدم التّقصير من البائع فى فوات الأجل الّذى له قسط من الثمن كما فى المدّة القصيرة بالموت و (- أيضا-) فالبيعان قد أقدما على ذلك مع علمهما بعدم تعيّشها عادة الى ذلك الزّمان فالعقد وقع على ذلك و هنا احتمال ثالث هو الفرق بين ما لو بذل له البائع من الثمن بنسبة ما فات من الأجل و بين ما لو لم يبذل بعدم الخيار على الأوّل و ثبوته على الثانى يظهر من صاحب الجواهر (- ره-) الميل اليه و هو بناء على القول بالخيار متعيّن لاندفاع الضّرر ببذل التّفاوت الّا انّ الشأن فى إثبات الخيار المتوقّف على وجود دليل قاهر دافع لأصالة اللّزوم و انّى للمحتمل بذلك فعدم الثبوت أشبه و العلم عند العالم على الإطلاق تعالى و تقدّس

قوله طاب ثراه و المهرجان

هو السّادس عشر من مهرماه أوّل الخريف

قوله و نحوهما

كالفضيح عيد النّصارى و الفطير عيد اليهود و أمثال ذلك

قوله طاب ثراه و قال بعضهم لا (- اه-)

الموجود فى نسخ المتن هكذا و قال بعضهم لا و سواء اعتبر معرفتهما أو لا و لو عرفا انتهى و لكن الموجود فى النّسخة المعتبرة من (- كرة-) هكذا و قال بعضهم لا يعتبر و يكتفى بمعرفة النّاس و لو اعتبر معرفتهما أوّلا و لو عرفا كفى انتهى

قوله طاب ثراه ثمَّ الأقوى اعتبار (- اه-)

أقول قد بقى فروع أخر للمسئلة لم يتعرّض لها الماتن (- ره-) و لا بدّ من الإشارة إليها الأوّل انّه لو كانت نهاية الأجل معلومة عندهما كهلال الشهر الّا انّ نفس الأجل مجهول عندهما لتردّده بين يومين أو ثلثة مثلا من جهة تمام الشهر و نقصانه ففى جواز ذلك وجوه أحدها الجواز عزى ذلك الى ظاهرهم للإطلاقات مع منع شمول الغرر لنحو ذلك ثانيها العدم (- مط-) و هو الّذى يقتضيه الأصل المذكور فى مستند اعتبار تعيين المدّة ثالثها الجواز فى مثل الشهر الهلالى لا فى الباقى من أخره لمكان التسامح فى الأوّل دون الثانى عادة و فيه انّ مجرّد التسامح لا يكون دليلا بل امّا ان يكون هناك إطلاق مقتضى للجواز أم لا فإن كان كان هو الحجّة (- مط-) مؤيّدا بأنّ اشتراط التّعيين انّما هو للتحرّز عن النزاع و التشاجر و ذلك منتف هنا و الا لكان المرجع هو الأصل المتقدّم إليه الإشارة الثانى انه لو كانت الغاية المشتركة بين أمرين أو أمور فى سنة أو شهر أو سنين أو شهور أو أيّام كالنفر من المنى المشترك بين أمرين و شهر ربيع المشترك بين الشهرين و كذا الجمادى و الجمعة المشتركة بين جمعات السّنة و رجب المشترك بين الشهر من السّنين و نحو ذلك ففى جواز التّأجيل بها قولان أحدها عدم الجواز و هو خيرة جماعة و الأخر ما حكاه فى اللّمعة قولا حيث قال فلا يناط بما يحتمل الزيادة و النّقصان كمقدم الحاج و لا بالمشترك كنفرهم و شهر ربيع و قيل يصحّ و يحمل على الأوّل انتهى و فى مفتاح الكرامة بعد نقله انا لم نظفر بقائله بعد تتبع تامّ انتهى و كفى بالشهيد (- ره-) ناقلا حجّة الأوّل الأصل المتقدّم و لزوم الغرر و الجهالة و حجّة الثانى انّه قد علّق الأجل على اسم معيّن و هو يتحقّق بالأوّل و ينصرف اليه و فيه منع الانصراف فالأصل محكم و فى المسئلة وجهان اخران أحدهما ما فى (- كرة-) من الفرق بين ما لو قال إلى الجمعة فيحمل على الأقرب و كذا فى غيره من الأيّام قضيّة للعرف المتداول بين النّاس بخلاف جمادى و ربيع ثانيهما ما تضمّنته عبارة (- الروضة-) من الحمل على الأقرب مع قصده قال (- ره-) عقيب التمسّك للقول الّذى حكاه ماتنه بما مرّ ما نصّه لكن يعتبر علمهما بذلك قبل العقد ليتوجّه قصدهما إلى أجل مضبوط فلا يكفى ثبوت ذلك شرعا مع جهلهما أو أحدهما به و مع القصد لا إشكال فى الصّحة و ان لم يكن الإطلاق محمولا عليه ثمَّ قال و يحتمل الاكتفاء فى الصّحة بما يقتضيه الشّرع فى ذلك قصده أم لا نظرا الى كون الأجل الّذى عيّناه مضبوطا فى نفسه شرعا و إطلاق اللّفظ منزّل على الحقيقة الشرعيّة انتهى و اعترض عليه أوّلا ببعد ما ذكره من الاحتمال لمنع تنزيل الإطلاق عليها (- مط-) بل انّما هو فى لسان الشارع خاصّة لعدم دليل عام يدلّ على التعدّى و ثبوته فى بعض المواضع لا يوجبه الّا بالقياس الممنوع عندنا أو الاستقراء الغير الثابت قطعا ذكر ذلك فى الرّياض و مفتاح الكرامة و حاصله انّ التنزيل المذكور انّما يكون فى الحقائق الشرعيّة اى الألفاظ الموضوعة فى لسان الشارع لذلك لا المتعلّق بها حكم شرعىّ و إن كانت فى أنفسها مشتركة لعدم تبادرها و لو سلّم ذلك و انّ سبيله سبيل الحقيقة الشرعيّة لما أجرينا عليه حكمها بالنّسبة الى كلّ مستعمل بل ذلك انّما يتمّ فى خطاب الشارع أو المتشرّعة فى مخاطباتهم الشرعيّة دون النّاس فى محاوراتهم فيما بينهم لعدم الدّليل الموجب للتعدّى من تبادر و غيره و قضيّة ثبوته فى نذر المتوكّل ان يتصدّق بمال كثير مع الجواد عليه السّلام مع خروجها عمّا نحن فيه و عمّا قاسوه عليه لا يقضى بالتعدّى الى القياس المحرّم أو الاستقراء الغير التّامّ و ثانيا بان تخصيص محلّ البحث بما إذا قصد المتعاملان ما يراد من الإطلاق عند الشارع بعد فرض علمهما بأنّه منصرف عنده الى زمان

ص: ۲۰۳

معيّن و موقوف على الاكتفاء بمثل ذلك و الظاهر عدمه لوضوح الجهالة فيه و ثالثا انه لا حقيقة شرعيّة فى المقام ضرورة انّ الشارع لو حكم هنا بالانصراف إلى أوّلهما فليس الّا لاقتضاء العرف فيه ذلك و (- ح-) فمع الانصراف عرفا متّجه (- فت-) جيّدا الثّالث انه لو علم المتعاقدان بالغاية و قصداها و لكن لم يذكرا فى العقد لفظا دالّا على ذلك عرفا ففى جوازه وجهان من العمومات و انتفاء الغرر و من الأصل المتقدّم و انّ ذلك مثار؟؟؟ النزاع و التّشاجر و قد شرعت العقود لحسم مادّة ذلك و لو ذكرا ذلك فى العقد و لكن لم يلتفتا حينه الى مقدار ما بقى إلى الغاية ففى الاكتفاء بمعرفتهما به عند الالتفات و الحساب الوجهان المذكوران (- فت-) جيّدا الرّابع انّ اللّازم انّما هو تعيين المدّة بما يتفاوت التعيين به من اليوم و الشهر و السّنة أو الى الوقت الفلانى و إذا عيّن بواحد من هذه الأمور لا يضرّ الاختلاف بالآخر فلو عيّن باليوم لم يضرّ جهالة ساعاته و لو عيّن بالشهر لم يقدح جهالة أيّامه و لو عيّن الى عيد الأضحى لم تضرّ جهالة عدد الأيّام اليه و الوجه فى ذلك امّا اغتفار هذا الاختلاف عرفا كما مرّ من صاحب المستند أو الإجماع كما ادّعاه هو أو الأخبار المتضمّنة لمثل السّنة و السّنتين مع اختلاف أيّامها الخامس انّه قال فى المستند لو أجّل بالغاية بأن يقول بعتك نسيئة الى أخر الشهر يحلّ الأجل بمجرّد تمام الشهر و كذا لو قال إلى أوّل الشهر الفلانى أو الى يوم الجمعة فيحلّ بمجرّد دخوله و لو أجّل بالظّرفية كان يقول بعتك بمائة درهم تؤدّيها فى يوم أوّل الشهر الفلانى فلا يحلّ بمجرّد دخول ذلك اليوم بل الظاهر انّه إن كان ممّا يكون اختلافه قليلا يتسامح به لم يضرّ و الّا بطل فلو قال بعتك بان تؤدّى ثمنها فى الشهر الآتى بطل و كذا لو قال بعتك بان تؤدّى ثمنها فى السّنة الآتية و لو قال بعتك بان تؤدّى ثمنها فى يوم أوّل الشهر و يوم أوّل السّنة الفلانيّة صحّ فتأمّل انتهى و ما ذكره لا بأس به فلعلّ الأمر بالتّأمل للإشارة إلى اقتضاء الأصل المتقدّم حكايته عنه لزوم تعيين الجزء من اليوم (- أيضا-)

[مسألة فيما إذا باع بثمن حالا و بأزيد مؤجلا]

قوله طاب ثراه مسئلة لو باع بثمن حالّا و بأزيد منه مؤجّلا ففى المبسوط و (- ئر-) و عن أكثر المتأخرين أنه لا يصحّ (- اه-)

أقول فى المسئلة وجوه أحدها البطلان و هو خيرة (- لف-) و الإيضاح و اللّمعتين و (- لك-) و التنقيح و (- شاد-) و (- مع صد-) و مجمع الفائدة (- أيضا-) و هو المحكى عن (- ير-) و كشف الرّموز و المفاتيح و إيضاح (- فع-) و غيرها بل فى مجمع الفائدة انّه ظاهر الأكثر و فى الرّياض و المستند انّه الأشهر و فى (- ئق-) انّه المشهور و قد يحكى القول بالبطلان عن المراسم و الوسيلة و الغنية (- أيضا-) و لا يخفى على من لاحظ عبائرها فساد النّسبة لعدم التعرّض فيها الّا لبطلان البيع بثمنين إلى أجلين ثانيها صحّة العقد و استحقاق المشترى المبيع بأقلّ الثمنين نسيئة الى الأجل المذكور فى العقد ثالثها بطلان البيع الّا ان يمضيه البيعان بعد العقد فيكون للبائع أقلّ الثمنين فى أخر الأجلين رابعها كراهة المعاملة المذكورة خامسها بطلان البيع لكن ان تلف المبيع لم يكن للبائع إلّا أقلّ الثمنين و كان للمشترى تأخير الثمن إلى المدّة الّتى ذكرها سادسها ما حكاه فى مفتاح الكرامة عن كشف الرّموز عن الراوندى من انّ على المشترى الثمن الأقل فى الأجل الأقلّ

قوله طاب ثراه و علّله فى (- ط-) و غيره بالجهالة (- اه-)

تمسّك بذلك فى (- لف-) و اليه يرجع ما فى الإيضاح من انّه لم يقع على عقد واحد و لا ثمن معيّن و توضيح ذلك ما فى التنقيح من انّ التّأخير غرض مقصود فيكون له دخل فى الثمن زيادة و نقصانا فمع عدم ضبطه لا يعلم قدر الثمن فيبطل البيع (- أيضا-) لعدم الجزم ببيع واحد و كان باطلا فكان كما لو قال بعتك هذا أو هذا انتهى و أنت خبير بما فيه من الوهن و السّقوط ضرورة انّ الجهالة انّما تكون مع عدم التّعيين و الفرض هنا تعيين كلّ من الثمنين قدرا و وصفا و جنسا فأىّ جهالة بعد ذلك فيه و عدم الجزم ببيع واحد لا دليل على قدحه بعد فقد الغرر و الجهالة و لقد أجاد المحقّق الورع الأردبيلى (- ره-) حيث قال انّ دخوله تحت الغرر النفى و الجهل الممنوع غير ظاهر لانّ الاختيار اليه انتهى فان قلت بمقالة صاحب الجواهر (- ره-) من انه و إن كان لا جهالة فى صفقة الثمن و

لكنّها متحقّقة فى أصل الثمنيّة بمعنى انه لم يعلم بعد قبول المشترى ذلك ما صار ثمنا للجميع و هو مناف لسببيّة العقد (- أيضا-) لا أقلّ من الشكّ فى تأثيره على هذا الحال و دعوى تعيينه (- ح-) و اختيار المشترى ينافى إنشائية العقد و سببيّة المقتضية ترتّب الأثر عليه بالفراغ منه و دعوى الكشف (- ح-) مع انه لا شاهد عليها لا تجدى فى رفع الجهالة حين العقد قلت أوّلا انّ تحقّق الجهالة فى أصل الثمنيّة ممنوع إذ قد علم ان الثمن حالّا كذا و مؤجّلا كذا و ثانيا على فرض التحقّق انّ غاية ما قام عليه الدّليل قدح الجهالة فى صفقة الثمن المورثة للغرر و امّا قدح جهالة أصل الثمنيّة فممنوع و لا أقلّ من الشكّ المقتضى لجريان أصالة عدم القدح المسبّب منه الشكّ فى سببيّة العقد فإذا اجرى أصالة عدم القدح انتفى موضوع أصالة عدم سببيّة العقد و من ذلك ظهر سقوط ما ذكره بعد ذلك من منافاة التعيين باختيار المشترى لإنشائيّة العقد المقتضية لترتّب الأثر عليه بالفراغ منه فان فيه انّ إنشائيّة العقد غير مفقودة فى المقام لان كلّ عقد فهو موجب لترتّب اثر ما وقع هو عليه و هذا العقد قد وقع على العين بثمن حالّا و أخر نسيئة و أثره ليس إلّا لسلطنة كلّ من المتعاملين على ما انتقل سلطنته اليه و هنا قد انتقل سلطنة المبيع إلى المشترى بثمن حالّا و بآخر نسيئة فأيّهما اختار فهو مسلّط عليه بحكم العقد و من هنا ظهر انّه لا حاجة الى الكشف كى يناقش فيه بخلوّه عن الشّاهد

قوله طاب ثراه و يدلّ عليه (- أيضا-) (- اه-)

ربّما استدلّ عليه بوجهين اخرين لم يشر إليهما الماتن (- ره-) أحدها ما فى الإيضاح من انّه لو صحّ ذلك لصحّ البيع بما يختاره المشترى من مبلغين معينين لكن التّالى باطل فالمقدّم مثله و الملازمة ظاهرة انتهى و فيه منع بطلان التّالى و لو سلّم فنمنع الملازمة سيّما بعد قيام الدّليل هنا على الصّحة كما ستسمع (- إن شاء الله-) (- تعالى-) الثّانى ما فى المستند من أصالة عدم صحّة جعل ما فى الذّمة ثمنا الّا ما ثبت فيه الصّحة و هو ما كان معلوما قدرا و جنسا و وصفا و قيدا على ما تقدّم توضيح تقريرها فى المسئلة السّابقة و الجواب انّ الأصل يخرج عنه بما ستسمع من الصّحيح و القوى مع انّ الثمن هنا معلوم من جميع الجهات كما مرّ بيانه

قوله طاب ثراه ما رواه فى الكافى (- اه-)

هذه الفقرة ذيل رواية محمّد بن قيس الآتية فالصّدر مناف للذّيل و الّذى يرفع المنافاة هو كون الأمر فى هذه الفقرة للإرشاد المحض بقرينة الفقرة الاولى فمراده (- ع-) و اللّه العالم لا توقّع المعاملة المذكورة بل غيّنوا الثمنين قبل العقد لئلّا تتضرّروا باستحقاق أقلّ الثّمنين إلى أبعد الأجلين فلا يدل هذه الفقرة على مطلوب المستدلّ

قوله طاب ثراه نظرة

النّظرة بفتح الأوّل و كسر الثّانى و فتح الثّالث الإمهال و التّأخير و الظّاهر انّ الكلمة منصوبة بنزع الخافض لكن قام مقام الخبر كما قام مقامه الحال فى ضربى العبد مسيئا و أتمّ تبيينى الحقّ منوطا بالحكم

قوله طاب ثراه و يؤيّده ما ورد من النّهى (- اه-)

النّاطق بذلك روايات فمنها ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن محمّد بن احمد بن يحيى عن احمد بن الحسن بن فضّال عن عمرو بن سعيد عن مصدّق بن صدقة عن عمّار عن أبى عبد اللّه عليه السّلام فى حديث انّ رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله بعث رجلا الى أهل مكّة و امره أن

ص: ۲۰۴

ينهاهم عن شرطين في بيع و قد وصفه جماعة بالموثقيّة ولي فيها نظر لاشتراك عمرو بن سعيد بين المدائني الموثق و بين ابن هلال الّذي لم ينصّ عليه بمدح و لا قدح و يعرف انّه الأوّل كما افاده المحقّق الكاظمي في تميز المشتركات برواية موسى بن جعفر البغدادي عنه و بالطّبقة (- أيضا-) فإنّ الأوّل معدود من رجال الرّضا عليه السّلام و الثاني من رجال الصادق و الباقر عليهما السّلام و الرواية المذكورة عن الصّادق عليه السّلام فيشبه ان يكون عمرو في سندها هو الثاني الغير المنصوص على حاله و منها ما رواه هو (- ره-) بإسناده عن محمّد بن احمد (- أيضا-) عن محمّد بن الحسين عن عليّ بن أسباط عن سليمان بن صالح عن أبي عبد اللّه عليه السّلام قال نهى رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله عن سلف و بيع و عن بيعين في بيع و عن بيع ما ليس عندك و عن ربح ما لم يضمن و الظّاهر انّ السّند من الموثق و منها ما رواه الصّدوق (- ره-) بإسناده عن شعيب بن واقد عن الحسين بن زيد عن الصّادق عليه السّلام عن آبائه عليهم السّلام في مناهي النبي صلّى اللّه عليه و آله قال و نهى عن بيعين في بيع و قد جعل الماتن (- ره-) هذه الاخبار مؤيّدة للقول بالبطلان و جعلها بعضهم دليلا و الجواب عنها من وجوه أحدها انّ شرطين في بيع غير محرّم قطعا بل يجوز اشتراط شروط متعدّدة في بيع واحد و ظاهر البيعين في بيع بيع متاعين بثمنين في صيغة واحدة و هو غير محرّم (- أيضا-) قطعا فلا بدّ امّا من طرحها للإجمال أو حمل النّهي فيها على الكراهة و تفسير الشيخ (- ره-) و ابن زهرة و ابن الأثير لها بما ينطبق على ما نحن فيه غير معتبر بعد كون ذلك منهم اجتهادا غير معتبر في أمثال المقام بل المدار في عالم الألفاظ على الظّواهر و البيع نقدا بكذا و نسيئة بكذا ليس من البيعين في بيع لانّ تعدّد البيع انّما يكون بتعدّد الثمن و المثمن لا يجعل الثمن نقدا كذا و نسيئة كذا فالاخبار المذكورة على ظاهرها هو بيع شيئين بعقد واحد بثمنين غير معمولة بها و غير ظواهرها ليس حجّة فيلزم الطّرح أو حمل النّهي على الكراهة ثانيها انّه لو لم يكن المراد من البيعين في بيع بيع سلعتين بثمنين بعقد واحد فلا أقلّ من احتمال العبارة لذلك و لمحلّ البحث فيكون الصّحيح و القوى الإتيان مبيّنين لها موجبين لاختصاص النّهي فيها بغير محلّ البحث ثالثها ما نبّه عليه في الوسائل من عدم دلالتها على بطلان البيع و النّهي قد لا يستلزمه فيبقى دليل الصّحة سالما عن المعارض

قوله طاب ثراه الّا انّ في رواية محمّد بن قيس (- اه-)

هذا شروع في مستند القول الثاني و الرّواية قد رواها ثقة الإسلام (- ره-) عن عليّ بن إبراهيم عن أبيه عن ابن ابي نجران عن عاصم بن حميد عن محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السّلام قال قال أمير المؤمنين عليه السّلام الحديث و نوقش في سنده بالاشتراك قال في (- لف-) و الجواب عن الحديث بالمنع من صحّة السّند فانّ محمّد بن قيس مشترك بين اشخاص منهم من لا تقبل روايته فلعلّ راوي الحديث ذلك المردود انتهى و قد ضعف السّند في التنقيح (- أيضا-) بالاشتراك و لعلّه منشأ تضعيف اخرين منهم شهيد (- الروضة-) و أنت ان كنت من أهل الخبرة بأحوال الرّجال يظهر لك انّ محمّد بن قيس و إن كان مشتركا بين الثقة و غيره لكن الّذي يروي عن أبي جعفر عليه السّلام عن أمير المؤمنين عليه السّلام و يروي عنه عاصم بن حميد انّما هو محمّد بن قيس البجلي العدل الثقة و حيث انّا أوضحنا في غير مقام كون إبراهيم بن هاشم من ثقاة الأصحاب لكونه من مشايخ الإجازة في مثل بلدة قم الّتي كان أهلها يخرجون الراوي بأدنى وهن مضافا الى دعوى ابن طاوس اتفاق الأصحاب على كونه ثقة فصحّة السّند هنا ممّا لا ريب فيه عندنا و لا اشكال

قوله طاب ثراه و في رواية السّكوني (- اه-)

هذه هي الرّواية الثّانية من الروايتين اللّتين استدلّ بهما أرباب القول الثّاني و قد رواها الشيخ (- ره-) بإسناده عن احمد بن محمّد عن البرقي عن النوفلي عن السّكوني عن جعفر عليه السّلام الى أخر ما في المتن و النوفلي و السكوني قويّان و العمل على روايتهما في غاية الشيوع بين الأصحاب و ربّما نوقش في الاستدلال بالخبرين على القول الثاني بوجوه أحدها ما في (- لف-) من انّهما غير دالّين على مطلوبهم لجواز ان يكون قد عقد البيع بالثمن الأقلّ فقد أثم انّ البائع جعل له تأخير الثمن بزيادة فحكم عليه بأنّه ليس له الّا الثمن

الأوّل و ان صبر البائع إلى الأجل و أنت خبير بأنّه لو بنى على المناقشة فى اخبار أهل البيت عليهم السّلام بمثل ذلك من المحامل البعيدة و الاحتمالات الغير السّديدة لم يبق للمسلمين الى نيل الاحكام طريق كيف لا و المدار فى الاخبار كغيرها على الظواهر العرفيّة و الخبران صريحان فضلا عن ظهورهما فى البيع بثمن نقدا و بآخر نسيئة ثانيها ما عن بعضهم من المناقشة فى رواية السّكونى بانّ ما فيها من قضايا الأحوال فلعلّه كان حكمه (-ع-) عن علم منه (-ع-) بما يوجب ذلك فى تلك الواقعة و فى الصّحيح بعدم ظهوره فى وقوع البيع و الصّفقة بتلك المعاملة بل غاية الدلالة على وقوع الإيجاب و الجواب امّا عن الأوّل فهو ان مجرّد الاحتمال لا يوجب سقوط ذلك عن الدّلالة و الحجّية سيّما مع قوله (-ع-) بعد ذلك ليس له الّا أقلّ النقدين إلى الأجل الّذى أجّله بنسئة و امّا عن الثّانى فبأنه من غرائب الكلام بعد قوله عليه السّلام من باع الظّاهر فى وقوع البيع و الصّفقة مضافا الى عدم كونه الّا حكم قضيّة فرضيّة فلا يتمشّى ما ذكره و لعلّه اشتبه هذا المورد فأراد الإيراد على القوى فغلط فى التسمية بخبر محمّد بن قيس مع انه غير جار فى القوى (-أيضا-) بعد قوله باع بيعا ثالثها ما حكاه فى (-ئق-) عن بعض مشايخه من المناقشة فى الصّحيحة بمنافرة قوله عليه السّلام فى الذّيل من ساوم بثمنين إلى أخر ما تقدّم فى المتن فى حجّة القول الأوّل لما ذكره عليه السّلام أوّلا من حيث انّ ظاهر الفقرة المذكورة انّ المراد بها انّه لا يجوز هذا الترديد بل لا بدّ من ان يعيّن أحدهما قبل العقد و يوقعه عليه و أجاب عن ذلك بعض المحقّقين على ما فى (-ئق-) بأنّه لعلّ معنى الفقرة الأخيرة انّه لا بدّ من ان يعيّن كلّ واحد منهما قبل وقوع العقد فلا منافرة قلت هذا الجواب ارتكاب لخلاف الظّاهر لبعد إطلاق كلمة أحدهما و ارادة كلّ واحد منهما فالحقّ فى الجواب ان يقال أوّلا انّ الأمر فى تلك الفقرة للإرشاد كما مرّت الإشارة الى ذلك آنفا و ثانيا على فرض تسليم كون الأمر للوجوب فلا منافرة (-أيضا-) إذ لا مانع من حرمة تلك المعاملة مع عدم فسادها بل لزومها و استحقاق البائع أقلّ الثمنين إلى أبعد الأجلين رابعها انّ الخبرين مخالفان للأدلّة العقليّة و النّقليّة لأنّ المالك انّما رضى بالبيع بالثمن الكثير نظرة فكيف يلزم بأقلّهما نسيئة و من المعلوم اشتراط رضى الطّرفين فى العقد صدر ذلك من المحقّق الأردبيلى و أجيب عن ذلك أوّلا بأنا أوجبنا له أقلّ الأمرين فى أبعد الأجلين لا بمعنى انّه يجب له الثمن الأقلّ و يكون عليه الصّبر إلى الأجل الأبعد بل نقول يجب عليه الثمن حالّا أو فى الأجل الأقرب فإن صبر عليه البائع لم يزد الثمن بمجرّد الصّبر و ان طالبه عاجلا كان له ذلك فلا جهالة و لا يرد عليه ما ذكرت و ردّه فى مفتاح الكرامة بأن هذا التنزيل بعيد عن مورد الخبر على انّه لم يدفع الإيراد عند التّأمّل قلت امّا بعده عن مورد الخبر فلوضوح صراحة قوله عليه السّلام ليس له الّا أقلّ النقدين إلى الأجل الّذى أجّله بنسئة و قوله عليه السّلام هو

ص: ۲۰۵

بأقلّ الثمنين و أبعد الأجلين فى انّ وقت استحقاقه للمطالبة بالثمن انّما هو بعد مضىّ الأجل و امّا عدم دفعه الإيراد فلبداهة انّه لو صبر البائع إلى الأجل لزيادة الثمن كان أخذ المبيع بأقلّ الثمنين مخالفا لرضاه فيكون مخالفا للقاعدة و ثانيا بأنه قد رضى بالثمن الأقل فليس له الأكثر فى البعيد و الّا للزم الرّبا إذ تبقى الزّيادة فى مقابلة تأخير الثمن لا غير فان صبر الى البعيد لم يجب له أكثر من الأقلّ صدر نحو ذلك من العلّامة (- ره-) فى (- لف-) و فيه ان كون الثمن فى مقابل تأخير ثمن المبيع ربا ممنوع و انما يكون ربا فى القرض لا فى أجل البيع كيف لا و قد شاع و ذاع و ملأ الدّفاتر و صار من المثل السّائر أن للأجل فى البيع قسطا من الثمن مضافا الى انّه لم يدفع الإيراد و هو لزوم الأخذ بغير رضى المالك فالحقّ فى الجواب عن أصل الإيراد على الخبرين ان يقال انّ رضى المالك الصّورى لا عبرة به فى قبال رضى المالك الحقيقى و ردّ الخبر الصّحيح المؤيّد بالقوى بالمخالفة للعقل من قبيل الاجتهاد فى مقابل النصّ و المخالفة للنّقل غير قادح بعد كشف بعض اخبارهم عليهم السّلام عن بعض و تقيّد مطلقاتها بمقيّداتها و عموماتها بمخصّصاتها و الحال ان ما دلّ على اعتبار النصّ لم يصدر الّا ممّن صدر عنه هذا الخبر فلا عذر فى تركه لهذه الأعذار الواهية الغير المقبولة لدى أرباب الطّريقة القويمة فما صدر من بعض الأجلّة من الإشكال فى نهوض الرّوايتين لتأسيس الحكم المخالف لأدلّة توقّف الحلّ على الرّضا كأنّه لم يقع فى محلّه فتأمّل خامسها انّهما مخالفان لشهرة القدماء احتمل ذلك فى المستند ثمّ أجاب بأنّه بعد فتوى جمع من الأجلّة على طبقها لا وجه له سادسها ما يأتى من (- المصنف-) (- ره-) بقوله و يمكن حمل الرّواية (- أيضا-) على انّ الثمن هو الأقل (- إلخ-) و هو قريب من الإشكال الأوّل ففيه ما مرّ

قوله طاب ثراه و عن ظاهر جماعة العمل بهما (- اه-)

فمن تلك الجماعة المفيد و الشّيخ و الشهيد (- ره-) فى (- س-) على ما ستسمع عباراتهم و قد وقع الاحتجاج لهذا القول بوجهين اخرين أحدهما عمومات العقود و التّجارة و البيع تمسّك بها فى (- لف-) ثمّ أجاب بالمنع من العموم و أنت خبير بما فى كلّ من الاحتجاج و الجواب امّا الأوّل فلانّ غاية ما تدل عليه العمومات المشار إليها انّما هو صحّة العقد و اين ذلك من استحقاق أقلّ الثمنين فى أبعد الأجلين فالدّليل أخصّ من المدّعى بل مقتضى صحّة العقد لزوم الوفاء به و لازم ذلك لزوم أقلّ الثمنين ان دفع حالّا و أكثرهما ان دفع بعد المدّة المضروبة فى ضمن العقد و امّا الثانى فلما فى منع عموم الآيات من الوهن و السّقوط الثانى انّه يجوز استيجار خيّاط بدرهم ان خاطه اليوم أو فارسيّا و بدرهمين ان خاطه روميّا أو فى غد و لو كان الثمن هنا مجهولا لكان مال الإجارة هناك (- ككـ-) فاذا صحّت الإجارة صحّ البيع و أجاب عنه فى (- لف-) أوّلا بالمنع فى المقيس عليه (- أيضا-) و للقول بالبطلان فيه (- أيضا-) و ثانيا بعد التسليم بإبداء الفرق بانّ العقد فى الإجارة يمكن ان يصحّ جعالة يحتمل فيه الجهالة بخلاف البيع و فيه نظر ظاهر ضرورة انّ ما وقع بصيغة الإجارة لا يصير جعالة و الا لزم كون الإجارة على كافّة الصّنائع جعالة و عقدا جائزا و لا أظنّ انّ أحدا يلتزم بذلك و ثالثا بإبداء الفرق بانّ العمل الذى يستحقّ به الأجرة لا يمكن وقوعه الّا على احد الصّنفين فيتعيّن الأجرة المسمّاة عوضا له فلا يقضى الى التنازع بخلاف صورة النزاع قلت لعمرى انّى ان لم أشاهد كلامه لانكرت صدور مثله عنه ضرورة انه كما انّ العمل الّذى يستحقّ به الأجرة لا يمكن وقوعه الا على احد الصّنفين فكذا البيع الّذى يستحق البائع به الثمن لا يمكن وقوعه الّا على احد الوجهين امّا حالّا أو مؤجّلا بالأجل المضروب له فى ضمن العقد فما وجه الفرق بافضاء البيع المذكور الى التّشاح دون المسطور و أعجب منه ما ذكره بعد ذلك رابعا من انه لو ساوى البيع لوجب ان يكون له أقلّ الأجرتين فى أقرب الأجلين أو أكثرهما فى أبعدهما و ليس (- ككـ-) انتهى فإنّه كما ترى مغالطة صرفة و تعمية محضة ضرورة انّ لزوم أقلّ الأجرتين فى أبعد الأجلين و أكثرهما فى أقربهما فى الإجارة انّما هو لوقوع العقد عليه (- ككـ-) و كون قلّة الأجل هناك مطلوبة و لذا كثر الأجر و قلّ مع زيادة المدّة بخلاف البيع فإن للأجل قسطا من الثمن و لذا يقلّ الثمن مع قلّة الأجل و يكثر مع كثرته هذا مضافا الى انّ للخصم ان يلزمه بقبول الصّحة فيما إذا استأجره على خياطة ثوب بدرهمين ان خاطه اليوم و أربعة دراهم ان خاطه غدا و يقيس عليه الفرض فالحق فى الجواب عن الوجه

المذكور امّا منع الجواز فى المقيس عليه أو منع القياس كما لا يخفى

قوله طاب ثراه و هذا الكلام يحتمل (- اه-)

قد ساق (- قدّه-) هذه العبارة لإثبات إجمال عبارة المقنعة بذكر احتمالات اربع فيها و قد سبقه فى الاحتمالين الأوّلين سيّدنا فى مفتاح الكرامة و الّذى يظهر لى انطباق العبارة على ما فهمه منها فخر المحقّقين (- قدّه-) من اختيار القول الثانى أعنى صحّة العقد و استحقاق المشترى أقلّ الثمنين إلى أبعد الأجلين تعبّدا و امّا الاحتمالات فساقطة امّا الأوّل فلابتنائه على كون المراد بعدم الجواز الحرمة و لم يثبت بل المراد به المعنى اللّغوى و هو عدم المضىّ فيكون حاصل العبارة انّه لا يمضى البيع بأجلين على التخيير ليصحّ الأخذ حالّا بالأقلّ و مؤجّلا بالأكثر بل يمضى ان وقع (- كك-) بأقلّ الثمنين إلى أبعد الأجلين و امّا الاحتمال الثانى فيبعّده خلو العبارة عن التنبيه على كون ذلك حكم التّلف مضافا الى انّ مقتضى القاعدة مع التلف هو الرّجوع الى المثل أو القيمة لا الرّجوع بأقلّ الثمنين الى أكثر الأجلين و التعلّق فى العدول عن مقتضى القاعدة بالنصّ لا وجه له بعد عدم كون مورده صورة التلف و عدم موافقة حكمه للقاعدة و امّا الاحتمال الثالث فيبعّده عدم وجود ما يفيد ذلك فى العبارة لأنّ عدم الجواز فيها ان حمل على المعنى اللّغوى أفاد ما قلناه و ان حمل على المعنى الشرعى كان صريحا فى الحرمة و امّا الاحتمال الرّابع ففيه مع إباء العبارة عنه انّ مقتضى فساد الشرط بقاء العقد مردّدا بين النقد و النسية و هو واضح الفساد و لو أفسد اشتراط الأجل (- أيضا-) لم يكن لما فى العبارة من الاستحقاق إلى أبعد الأجلين معنى

قوله طاب ثراه كما عن ظاهر السيّد فى النّاصريّات (- اه-)

قال فى الناصريّات المكروه ان يبيع الشىء بثمنين بقليل إن كان الثمن نقدا و بأكثر منه نسيئة انتهى و لازم ما تضمّنته العبارة لزوم الوفاء بمقتضى العقد و دفع أقلّ الثمنين ان دفعه المشترى حالّا و أكثرهما ان دفعه بعد مضى الأجل المضروب لأنّ النّهى التنزيهى لا يوجب الفساد و هذا هو القول الرّابع لكن احتمل فى مفتاح الكرامة كون مراده بالكراهة المعنى اللّغوى أى الحرمة

قوله طاب ثراه و عن الإسكافى (- اه-)

هذه العبارة ظاهرة فى القول الخامس و حجّته امّا على بطلان البيع فأدلّة القول الأوّل و امّا على لزوم أقل الثمنين إلى أبعد الأجلين فالصّحيح و القوى بعد حملهما عليه و فيه انّ أدلّة القول الأوّل قد ظهر لك ما فيها و الحمل المذكور لا شاهد عليه و مخالف لظاهر الخبرين بل صريحهما

قوله طاب ثراه و فى النهاية (- اه-)

قد تصفحت كتاب (- يه-) فلم أجد من هذه العبارة فيها عينا و لا أثرا و انّما الموجود فيها هو قوله ان ذكر المتاع بأجلين و نقدين مختلفين بان يقول ثمن هذا المتاع كذا عاجلا و كذا أجلا كان له أقلّ الثمنين و أبعد الأجلين انتهى و لم يحك فى (- لف-) (- أيضا-) عن (- يه-) الّا هذه العبارة و هى ظاهرة فى القول الثانى

قوله

ص: ۲۰۶

طاب ثراه و عن موضع من الغنية (- اه-)

هذه العبارة ناطقة بالقول الثالث و حجّة الجمع بين اخبار القول الأوّل و اخبار القول الثّاني باستفادة الفساد من النّهي في الأولى و حمل الثانية على صورة إمضاء المتعاقدين بعد العقد فيكون للبائع (- ح-) أقلّ الثمنين في أخر الأجلين و فيه من الضّعف ما لا يخفى لمنع كون النّهي في الاخبار للحرمة و لو سلم فمنع اقتضائه الفساد (- مط-) و (- أيضا-) فظاهر صحيح محمّد بن قيس و القوى يابى عن هذا الحمل بل هما صريحان في الصّحة و (- أيضا-) فاذا فرض الفساد فما معنى الصّحة بعد ذلك بامضائهما إذ المراد بامضائهما إن كان تحصيل رضاهما فهو قد كان حاصلا حين البيع (- أيضا-) و بالجملة فسقوط هذا القول أظهر من ان يحتاج الى بيان أو يتوقّف على اقامة بيّنة أو برهان

قوله طاب ثراه و عن سلّار (- اه-)

هذه العبارة ظاهرة في القول الأوّل

قوله طاب ثراه و عن القاضي (- اه-)

هذه العبارة (- أيضا-) كعبارة الغنية ظاهرة في القول الثالث و قد عزاه إليه في المهذّب البارع (- أيضا-)

قوله طاب ثراه و قال في (- لف-) (- اه-)

قد مرّ نقل ذلك عنه مع جوابه في الجواب عن الرّابعة من المناقشات الموجّهة الى الصّحيح و القوى

قوله طاب ثراه و في (- س-) (- اه-)

هذه العبارة ظاهرة في القول الثّاني

قوله طاب ثراه لأنّه في مقابل الزّيادة الساقطة شرعا (- اه-)

قال بعضهم انّ الأولى تقدير الماتن (- ره-) ذلك بقوله لانّ الشرط المذكور فاسد فلا وجه للزوم الأجل ثمّ فرّع على ذلك سقوط توجيهه بعد ذلك بقوله الّا ان يقال انّ الزيادة (- اه-) من حيث انّ الشرط إذا كان سقوط حقّ المطالبة في مقابل الزّيادة فمع بطلانه لا يبقى الإسقاط و بعبارة أخرى معنى بطلان الشّرط بطلان الإسقاط فلا يمكن فساد المقابلة مع عدم فساد الإسقاط ثمّ ناقش فيما مثل به الماتن (- ره-) من مسئلة حقّ القصاص بعبد الغير أو بحرّ بالمنع من السّقوط و ذلك (- أيضا-) نظرا الى انّ معنى صلح الحقّ إسقاطه بعوض فاذا لم يكن العوض عوضا كيف يتحقّق الإسقاط ثمّ قال نعم لو كان معناه نقل الحق إليه في مقابل العوض أمكن ان يقال انه يتضمّن إسقاط الحقّ فمع بطلان الصّلح (- أيضا-) يتحقّق الإسقاط إذ يمكن ان يكون المعاملة الفاسدة إنشاء فعليّا للإسقاط كما يكون إنشاء للفسخ أو الإجازة هذا كلامه و ما ذكره موجّه فتدبّر

قوله طاب ثراه و يمكن (- أيضا-) حمل الرّواية (- اه-)

قد مرّ عند نقل المناقشات الموجّهة الى الخبرين الإشارة الى ذلك مع جوابه

قوله طاب ثراه و لعلّ هذا مبنيّ (- اه-)

أراد بذلك رفع ما بين حكم الجماعة أوّلا بالبطلان و الفساد و ثانيا بوجوب الأقلّ في أبعد الأجلين من التنافي و حاصل ما ذكره حمل البطلان في كلامهم على بطلان الشّرط بسبب اشتراط الزّيادة و الصّحة على صحّة البيع و لزوم ما جعل فيه ثمنا و هو الأقلّ إلى الأجل

قوله طاب ثراه فهو حكم تعبّدى (- اه-)

أقول بعد البناء على هذا الحكم التعبّدى ينبغي التنبيه على أمرين الأول انّه لا فرق بين قبول المشترى البيع به بالنّقد أو بالأكثر بالنّسئة أو قبله على الترديد لإطلاق النّصّين و فتوى العامل بهما فإنّه بتمام العقد صار حكمه شرعا ذلك فلا اثر لاختياره (- ح-) و ليس للبائع مطالبته بالاختيار بل قوله عليه السّلام في الصّحيح فخذها بأيّ ثمن شئت و اجعل صفقتها واحدة فليس له الّا أقلّهما و إن كانت

نظره؟؟؟ صريح فيما قلناه و لكن قد (- يق-) انّ محلّ النزاع مختصّ بما لو قبله المشترى على تخيير البائع و انّه على الأوّلين يلزم بما اختاره على القول بالصّحة و (- ح-) استحقاق البائع عليه اختياره لأحدهما وجهان أقربهما العدم للأصل و لما قبل من انّه ليس لهما التخيير بين الأمرين إجماعا و منه يظهر بطلان الإلزام بما اختاره إذ ليس له ذلك و (- ح-) فيلزم بما فى النصّ ابتداء و على الأوّل فلا يلزم بذلك الّا بعد تعذّر الاختيار و ظاهر النصّ يدفعه و قد يحمل النصّ و نحوه على لزوم أقلّ الثمنين على المشترى حالّا و ان تأخّر أدائه إلى أبعد الأجلين جهلا أو قهرا أو تسامحا أو نحو ذلك و (- ح-) فللبائع المطالبة به قبل الأجل و سقوط هذا الحمل لبعده عن ظاهر الخبرين مع عدم الشاهد عليه واضح و قد يقال أخذا من الماتن (- ره-) انّ هذا العقد قد أفاد إسقاط حقّ البائع من التعجيل بهذه الزّيادة فإذا بطلت الزّيادة لكونها ربا لم يلزم منه بطلان الإسقاط كما احتمل نظير ذلك فى مصالحة حقّ القصاص بعبد يعلمان حرّيته و ملك الغير له و (- ح-) فلا يستحقّ البائع الزائد و لا المطالبة قبل الأجل لكن المشترى لو أعطاه قبله وجب عليه القبول إذ لم يحدّث له بسبب المقابلة الفاسدة حقّ فى التّأجيل حتى يكون له الامتناع من القبول قبل الأجل و انّما أسقط حقّه من التعجيل خاصّة و فيه انّ ذلك مع تسليمه فإنما يتم مع العلم بالفساد لا (- مط-) إذ لا ريب فى عدم إفادته الإسقاط مع الجهل لا فى القصاص و لا هنا لا لغة و لا عرفا و لا شرعا بعد تنزيل النصّ على الأوّل كما هو ظاهر المحكى عن الراوندى الثّانى انه لو قيل المشترى أحد الشيئين من النقد بثمن و النّسية بثمن فقد قيل بخروجه عن محلّ النّزاع و بانّ فيه وجهين من وجود المقتضى من الإطلاقات و غيرها و ارتفاع المانع و من الشك فى تأثير نحو هذا الإيجاب الّذى لم يجزم موجبه بأحدهما بالخصوص و قد نفى فى الجواهر خلوّ الأوّل عن قوّة بناء على عدم منع مثل هذه الجهالة قال و الّا فالثانى أقوى قلت نحن و ان بنينا على عدم قدح مثل هذه الجهالة الّا انّ قوله عليه السّلام خذها بأىّ ثمن شئت يشمل الفرض الّا ان يقال انّ مراده خذ بعد القبول على نحو إيجاب البائع فيبقى القبول على غير ذلك النّحو بان يقبل الحال بالقليل أو المؤجّل بالكثير خارجا عن مدلول النصّ باقيا تحت العمومات المقتضية للصّحة

قوله طاب ثراه فلا ينبغى الإشكال فى بطلانه (- اه-)

قد افتى بالبطلان هنا سلّار فى المراسم و ابن حمزة فى الوسيلة و المحقّق فى الشرائع و العلّامة فى (- شاد-) و (- ير-) و الشهيدان فى اللّمعتين و المحقّق الثانى فى (- مع صد-) و غيرهم و مستندهم فى ذلك امّا ما مرّ من اخبار النّهى عن بيع فى بيع و قد عرفت عدم انطباقها على الفرض أو إجمالها أو حديث النّهى عن الغرر و الجهالة و قد عرفت عدم جريانه هنا لعدم الجهالة القادحة فى ذلك لمعلوميّة الثمن على كلّ من التقديرين أو الأصل المتقدّم من فاضل المستند و لا ريب فى سقوطه بعمومات العقود و التجارة و البيع و بيع النّسية

قوله طاب ثراه و فى التحرير (- اه-)

(۱۱) قال فى (- ير-) لو باعه بثمنين إلى أجلين بأن يقول بعتك بدينار الى شهر و بدينارين الى شهرين بطل قولا واحدا انتهى

قوله طاب ثراه و ان لم ينسب ذلك فى (- س-) (- اه-)

(۱۲) قال فى (- س-) و لو باعه (- ككك-) إلى أجلين فكالأوّل عند المفيد مع انّه حكم بالنّهى عن البيع فى الموضعين انتهى المهمّ ممّا فيه

قوله طاب ثراه لكن عن الرّياض (- اه-)

(۱۳) قال فى الرّياض اعلم ان ظاهر الأصحاب عدم الفرق فى الحكم صحّة و بطلانا بين ما تقدّم و بين ما لو كان المبيع المتردّد ثمنه إلى أجلين كشهر بدينار و شهرين بدينارين فإن كان إجماع و الّا كما يقتضيه قوله بطل من دون إشارة إلى خلاف من فتوى أو رواية كان المختار هنا أقوى منه فيما مضى لفقد المعارض فيه لاختصاص النصّ (- مط-) بالصّورة السّابقة و عدم ثبوت الإجماع كما هو المفروض انتهى و قد حكى القول بالصّحة فى الفرض

ص: ۲۰۷

ثانی الشّهیدین فی (- لک-) عن جماعة و کفی به ناقلا و هو الأقوی للعمومات المتقدّم إلیها الإشارة بعد سقوط مستند البطلان کما عرفت

قوله طاب ثراه ثمّ انّ العلّامة فی (- لف-) (- اه-)

قد مرّ نقل کلامه عند ذکرنا المستند القائلین بالصّحة فی أصل المسئلة فراجع

[مسألة فی عدم وجوب دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل]

قوله طاب ثراه مسئلة لا یجب علی المشتری دفع الثّمن المؤجّل قبل حلول الأجل و ان طولب إجماعا (- اه-)

قلت قد ادّعی الإجماع علیه فی الرّیاض و الجواهر و کشف الظلام و المستند و غیرها بل زاد فی الجواهر دعوی کونه ضروریّا

قوله طاب ثراه لانّ ذلک فائدة اشتراط التّأجیل

یعنی انّه لما اشترطا التّأجیل و کان الوفاء بالشرط واجبا لم یکن لذی الحقّ المطالبة و لم یجب علی المدیون الأداء و الّا للغی الشرط مضافا الی انّ الأصل برأیه ذمّة المشتری من الدّفع قبل الحلول

قوله طاب ثراه و فیه تأمّل

لعلّ وجه التأمّل هو الإشارة إلی أنّه اعتبار محض لا حجّیة فیه و الی انّ کون القبول قبل الأجل موجبا للمنّة (- مط-) ممنوع فلازم الدّلیل ادارة الأمر مدار لزوم المنّة و عدمه و ربّما تمسّک بعضهم بأصالة برأیه ذمّة ذی الحق من لزوم القبول قبل الأجل

قوله طاب ثراه و یمکن تعلیل (- اه-)

هذا الوجه وجیه و مرجعه الی التمسّک بقاعدة لزوم الوفاء بالشّرط حیث انّها تقتضی فی المقام لزوم تحمّل من علیه الحقّ حفظ الحقّ الی أن ینقضی الأجل

قوله طاب ثراه و اندفع (- أیضا-) ما یتخیّل (- اه-)

المتخیّل هو المحقّق الورع الأردبیلی (- ره-) حیث احتمل الوجوب مستندا الی وجوه أشار هو (- ره-) إلیها الأوّل ما حکاه الماتن (- ره-) من انّ الأجل لرعایة حال المشتری و الترفه له کالرّخصة له لا لأجل البائع و لهذا یزاد الثمن فاذا حصل الثمن الزائد للبائع نقدا فهو غایة مطلوب التجار فلا ینبغی الامتناع عنه و أنت خبیر بأنّ غایة ما یفیده هذا الوجه أولویّة ذلک للبائع امّا وجوبه علیه المستلزم للعقاب علی الترک فی مقابلة الأصل بدون دلیل شرعی بل بمجرّد أنّ الأصلح له ذلک فلا مع انّ الأغراض لا تنحصر لجواز تعلّق شرط البائع بتأخیر القبض إلی الأجل سیّما إذا ظهر ذلک من حاله وقت العقد و قد یقال انّه إذا توفّرت المصلحة للبائع انتفت المفسدة من جمیع الوجوه و حیث لا یکون فی امتناعه قاصدا لغرض من أغراض العقلاء بل لمجرّد السّفه یقبضه الحاکم عنه و تبرء ذمّة الدافع بذلک و فیه من الوهن ما لا یخفی لعدم الدّلیل علی ولایة الحاکم فی مثل الفرض حتّی یکون قبضه مشروعا و مسقطا للحقّ عن الدافع بل الحاکم انّما له التصرّف فیما کان امتناع الممتنع غیر مشروع و امّا مع المشروعیّة کما هنا فکلّا فالحقّ انه لیس للحاکم هنا القبض فضلا عن برأیه ذمّة المشتری بذلک الثانی انه قد یتضرّر المشتری بعدم الأخذ و فیه نظر ظاهر لانّ تضرّره إذا لم یکن مستندا الی فعل البائع الصّادر منه بغیر حقّ لم یوجب شیئا کما انّ البائع لو تضرّر بعدم تعجیل ما یستحقّه من المشتری مؤجّلا لم یوجب لزوم دفع المشتری حقّه عاجلا الثالث انّ الظاهر ان الحق ثابت و الأخذ مع دفع صاحبه واجب عندهم عقلا و نقلا و قد أفاد الأجل عدم وجوب الدّفع لا عدم وجوب الأخذ و فیه انّه أشبه شیء بالمصادرة أو التعمیة فإنّ الأخذ مع دفع صاحبه انّما یجب أخذه إذا کان معجّلا و امّا المؤجّل فوجوب أخذه مع الدّفع قبل الأجل أوّل الکلام کما انّ عدم إفادة الأجل عدم وجوب الأخذ عین المتنازع الرّابع انّ الظاهر من قولنا بعتک هذا بکذا إلی مدّة کذا انّ زمان الأداء الی تلک المدّة موسّع فذلک الزّمان نهایة الأجل للتّوسعة بمعنی عدم التضییق إلّا

فى ذلك الزّمان كالواجبات الموسّعة و فيه نظر ظاهر ضرورة وضوح الفرق بين الواجبات الموسّعة و بين المقام فانّ الواجبات الموسّعة قد تعلّق الخطاب بتاديتها على سبيل التخيير فالشارع فيها مستحقّ لما طلب فى كلّ وقت تقدّم أو فى بدله الى الوقت الذى لا بدل له فيتعيّن بخلاف ما هنا فإنّه لا طلب و لا خطاب بل هو كشغل الذمّة بالموقّت قبل الوقت فإنّه تعليقىّ هذا مضافا الى انّ قوله بعتك إلى مدّة كذا ظاهر فى ظرفيّة كلّ جزء من الزّمان للاستحقاق و محلّ النّزاع ما إذا باعه مؤجّلا بأن قال بعتك هذا بدرهم بأجل يوم مثلا و بالجملة فالقول المشهور هو المؤيّد المنصور لانّ الوجوب حكم شرعىّ يترتّب على تركه العقوبة و المؤاخذة منه سبحانه فلا بدّ له من دليل واضح من أية أو رواية و التقريبات المزبورة الواهية لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعية و دفع أصالة برأيه الذمّة كما هو واضح عند كلّ ذى درئه نعم لو كان غرضهما من التّأجيل سقوط وجوب الأداء عمّن عليه الثمن من دون كونه ملزما بالدّفع عند حلول الأجل بل يكون له الدّفع أيّما وقت شاء كان وجوب القبول على البائع ان دفع المشترى قبل الأجل قويا متعيّنا

قوله طاب ثراه ففى كتاب الدّين من (- كرة-) و (- عد-) انّه لو أسقط المديون أجل الدّين (- اه-)

مقتضى إطلاق العبارة عدم الفرق بين رضا من له الدّين بالإسقاط و عدمه و صريح عبارة (- مع صد-) صحّة الإسقاط عند رضاه بذلك حيث قال امّا لو تقايلا (- اه-) فليس ما فى (- مع صد-) موافقا لما فى (- كرة-) و (- عد-)

قوله طاب ثراه و فيه انّ الحقّ المشترط فى العقد اللّازم (- اه-)

قد سبقه فى هذا الإيراد صاحب الجواهر (- قدّه-) حيث قال انّ ثبوته بالعقد اللّازم لا يمنع من سقوطه بالإسقاط كاشتراط الخيار و نحوه ثمَّ أجاب بوجه أخر حيث قال و يمكن منع أحقيّة صاحب الدّين فيه و اتّفاق وجود مصلحة له فى ذلك لا ينافى كونه من حقوق المشترى كالخيار المشروط له ثمَّ قال مشيرا الى ردّ قول المحقّق الثانى (- ره-) امّا لو تقايلا فى الأجل (- اه-) ما لفظه كما انّه يمكن منع مشروعيّة التقايل فيه خاصّة دون أصل العقد و لو صحّ رجع الى الإسقاط و مع فرض انّه من حقوق المشترى خاصّة لم يعتبر اتفاق البائع معه على الإسقاط الّذى هو بمنزلة الإبراء بل هو منه كما أومى إليه هو (- ره-) فى حاشية (- شاد-) فى مسئلة التعجيل بالنّقيصة بل لعلّه الظّاهر من (- عد-) فى باب السّلم ثمَّ قال و ما فى الرّياض من انّه نمنع استلزام انحصار فائدته فى الرّخصة للمشترى بعد تسليمه وجوب الأخذ على البائع مع مخالفته الأصل الخالى عن المعارض من النصّ و الإجماع لاختصاصه بغير صورة الفرض يدفعه ما عرفت من اقتضاء العقد ذلك و انّ الشرط المزبور حقّ للمشترى خاصّة فليسقط بإسقاطه كغيره من الشرائط الّتى له على البائع انتهى كلامه علا مقامه نقلناه بطوله للحاجة إليه فيما يأتى و لا يخفى عليك انّ دعوى اختصاص الحقّ المذكور بالمشترى ممّا يأباه ظاهر الحال فان من الواضح تعلّق غرض كلّ من البائع و المشترى به و ما هذا شأنه فالأصل فيه كونه حقّا لهما و حصر الحقيّة فى المشترى ممّا لا دليل عليه و الأصل كاف فى دفعه

قوله طاب ثراه و حقّ صاحب الدّين لا يمنع من مطالبة من أسقط حقّ نفسه

هذا جواب عن العلّة الثانية و هى قوله و لأنّ فى الأجل حقّا لصاحب الدّين (- اه-) و الضمير المضاف إليه المطالبة يعود إلى الحقّ و جملة من أسقط حقّ نفسه مفعول المطالبة و الفاعل هو الضّمير المستتر العائد الى صاحب الدّين و يحتمل عوده الى صاحب الدّين و يكون المفعول الضمير المستتر العائد إلى الحقّ

قوله طاب ثراه و يمكن ان يقال انّ مرجع التأجيل (- اه-)

فيه منع ظاهر ضرورة وضوح الفرق بين الإسقاط الّذى هو ازالة للحقّ بعد ثبوته و بين جعل العقد على وجه لا مقتضى للحقّ فيه فانّ النّسية قسيم النّقد و ليس قسما

ص: ۲۰۸

منه و عبارة النقد مع اشتراط سقوط حقّ المطالبة بل هى إنشاء بيع لا مقتضى فيه للمطالبة قبل الأجل فعدم استحقاق المطالبة قبل الأجل حقّ للمشترى و سلطنة له على البائع بمنعه من ماله الى ان ينقضى الأجل فإذا أسقط المشترى هذا الحقّ سقط من جانبه

قوله طاب ثراه الا ترى انّه لو شرط فى العقد التبرّى من عيوب (- اه-)

هذا من باب إسقاط خيار العيب و قد عرفت ما نحن فيه ليس من قبيل الإسقاط للحقّ بل هو من باب جعل العقد على وجه لا مقتضى فيه للحقّ

قوله طاب ثراه فلا يرد عليه منع صحّة التقايل (- اه-)

أشار بذلك الى ردّ ما سمعته من صاحب الجواهر (- ره-) فى عبارته المتقدّمة من قوله كما انّه يمكن منع مشروعيّة التّقايل فيه خاصّة دون أصل العقد

قوله طاب ثراه (- فت-)

لعلّ وجه الأمر بالتأمّل هو منع تعدّد الحقّ كلّية و انّه يختلف باختلاف الموارد فيتّحد فيما إذا باع بشرط استحقاق المشترى تأخير الثمن و عدم استحقاق البائع الأجل بحيث يكون له الامتناع من قبوله إذا دفع المشترى و يتعدّد فيما إذا باع بشرط الأجل فى الثمن بالنّسبة إليهما و لكن لا يخفى عليك إذ التشايع المتعارف هو جعل الأجل حقّا لهما جميعا

قوله طاب ثراه و هذا لا دخل له بما ذكره (- مع صد-) (- اه-)

غرضه بذلك إبداء الفرق بين تعليل (- كرة-) و تعليل (- مع صد-) و انّ العلّة فى عبارة (- كرة-) هى كون الأجل صفة تابعة لا تفرض بالإسقاط عن متبوعه نظير الجودة و الصّحة و نحوهما و فى عبارة (- مع صد-) عبارة عن اشتراكهما فى الحقّ فلا يسقط بإسقاط أحدهما منفردا

[مسألة فی وجوب قبول الثمن إذا دفعه عند حلول الأجل]

قوله طاب ثراه وجب على مالكه قبوله (- إلخ-)

هذا ممّا صرّح به فى (- ط-) و الوسيلة و (- ئر-) و (- فع-) و (- كرة-) و (- عد-) و (- شاد-) و (- لف-) و اللّمعة و سائر ما تأخّر عنها من غير خلاف ينقل و قد نفى فى الجواهر وجدان الخلاف فيه و استظهر الإجماع عليه فى كشف الظّلام و ادّعى الإجماع عليه فى الرّياض

قوله طاب ثراه مدفوع بأنّ مشروعيّة (- اه-)

ربّما اعترضه بعض مشايخ العصر (- قدّه-) بان غرض المورد انّما هو بيان قصور دليل نفى الضرر عن إثبات الوجوب على البائع عينا بإمكان شرعيّة القبض عنه و ان لم يجب عليه (- كك-) قال و منه يظهر ضعف الإيراد عليه انتهى و أنت خبير بانّ ما ذكره لعلّه ناش من عدم التعمّق ضرورة انّ بدليّة شىء عن شىء اضطرارا لا ينافى وجوبه عينا و قصور دليل نفى الضّرر عن إثبات الوجوب على البائع عينا انّما كان يتمّم المطلوب ان لو كان شرعيّة قبض الحاكم عنه أحد طرفى التخيير أو البدل الاختيارى و الفرض كونه بدلا اضطراريّا فلا تذهل ثمّ انه ربّما أجيب عن المناقشة الّتى عبّر عنها الماتن (- ره-) بالتوهّم و دفعه بأجوبة أخر أحدها ما فى الجواهر من انّ الثّابت من الأدلّة انّما هو وجوب القبض من حيث الدفع خصوصا قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فانّ وجوب الوفاء بها يتبع وجوب الدّفع و وجوب القبول و (- ح-) فاذا انتفى القبول سقط اعتباره إذ هو كالدّفع من المديون يجب عليه أوّلا فإذا امتنع جاز التقاص من ماله و اعترضه بعض تلامذته من مشايخ العصر (- قدّه-) بأنّه لا إشكال فى ثبوت وجوب القبول و انّما الإشكال فى دلالة نفى الضّرر عليه فما ذكره علّامة الجواهر غير دافع للإيراد قلت هذا اعتراض موجّه الثّانى منع جواز قبض الحاكم بمجرّد امتناعه من القبض بل الّذى تقتضيه

القاعدة هو إجبار الحاكم له على القبض نظرا الى انّ امتناعه بغير حقّ أسقط اعتبار رضاه الحديث نفى الضّرر الّذى مورده كان من هذا القبيل كما أشار إليه الماتن (- ره-) فجواز قبض الحاكم عنه بمجرّد امتناعه غير ثابت حتى يكون رافعا للضّرر مانعا من جريان القاعدة و ناقش فى هذا الجواب بعض مشايخ العصر (- قدّه-) بنظير ما سبق منه فى ردّ الماتن (- ره-) من انّ الغرض منع افادة قاعدة نفى الضّرر وجوب القبض عينا بعد شرعيّة القبض عنه ثمّ قال قولك انّ القبض عنه مع إمكان قبضه و لو كرها غير ثابت الجواز مدفوع بنقل الكلام إلى صورة تعذّر مباشرته للقبض أصلا حتّى مع الكره إذ لا ريب فى تولّى الحاكم له (- ح-) لانّ السّلطان ولى الممتنع انتهى و أنت خبير باندفاع ذلك بنظير ما مرّ فى جواب اعتراضه على جواب الماتن (- ره-) ضرورة انّ تولّى الحاكم له فى صورة تعذّر مباشرته للقبض ليس الّا من باب البدليّة الاضطراريّة فلا ينافى جريان قاعدة الضّرر فى حال الاختيار الثالث انّ ظاهر جمع عدم اعتبار الحاكم هنا أصلا كما سيجىء (- إن شاء الله-) (- تعالى-) توضيح الحال فيه فانتفى ما حسبه المناقش دافعا للضّرر هذا و ربّما يناقش فى دلالة قاعدة الضّرر بوجه أخر و هو انّ الضّرر كما يرتفع بإلزامه بالقبض فكذا يرتفع بجعل تلف المال بغير تفريط المشترى من مال البائع كما هو واضح و فيه انّ كون التّلف من البائع فرع تشخص حقّه فيما بيد المشترى فما لم يقبضه لا يتشخّص له حتّى يكون تلفه منه فتتمّ (- ح-) دلالة القاعدة على المطلوب (- فت-)

قوله طاب ثراه بناء على انّ الممتنع من يمتنع (- اه-)

أشار بذلك الى الخلاف فى انّ قبض الحاكم للمال المدفوع فى الفرض ثمنا الممتنع صاحبه و هو البائع من تسلّمه هل هو لازم بمجرّد الامتناع أو يتوقّف على تعذّر جبره على التّسليم فانّ فى ذلك وجهين من عموم ولاية الحاكم و من انّ ولايته فرع تعذّر الأصيل و لو بالإجبار ضرورة انّ ولايته من باب الحسبة فما دام تسلّم المالك ممكنا لا تثبت ولايته و هذا هو الأشبه و من هنا ظهر وجوب إجباره للبائع على التسلّم مع الإمكان حسبة كما هو وظيفته

قوله طاب ثراه إذا لم يسئله

ضمير الفاعل مستتر يعود الى المديون و الضّمير البارز المتّصل يعود الى الحاكم و التقدير انّه لو لم يسئل المشترى عن البائع تسلّم الثمن لم يكن للحاكم مطالبة المشترى به مع رضاء البائع ببقائه عند المشترى ضرورة انه لا ولاية (- ح-) للحاكم مع رضاء المالك بكونه فى ذمّة المديون لكن عن المحقّق الثانى (- ره-) فى (- مع صد-) انه لو لم يسئل الدّافع الحاكم القبض لم يجب على الحاكم قبضه و انّه يجوز ذلك له و ان لم يسئله و هو كما ترى قد علّق على سؤال المشترى خصوص الوجوب و التزام بالجواز (- مط-) فإن أراد الجواز عند دفع المشترى ففيه منع ولايته قبل تعذّر تسلّم البائع و ان أراد الجواز (- مط-) المستلزم لجواز مطالبته للمشترى بالثمن ففيه منع ظاهر و لعلّ الثّانى غير مراد له لتصريحه بعدم جواز إجبار الحاكم للبائع على القبض ان لم يسئله المشترى الدافع قال لانّ يده يد رضى بها المدفوع له و لم يصدر منه ما ينافيها (- فت-)

قوله طاب ثراه و استبعد غيره و هو فى محلّه (- اه-)

المستبعد هو الشهيد (- ره-) فى (- س-) و وجه كون الاستبعاد فى محلّه انّ وجوب قبضه فرع ولايته و ولايته فرع تعذّر تسلّم البائع و ذلك لا يحصل الّا بتعذّر الإجبار

قوله طاب ثراه لأنه من المعروف الّذى يجب الأمر به على كلّ احد (- اه-)

يمكن المناقشة فى ذلك بانّ الإجبار غير الأمر بالمعروف و الواجب على كل أحد انما هو الثّانى و امّا الأوّل فيندرج فى عنوان الحسبة المخصوصة بالعدول (- فت-)

قوله طاب ثراه أقواه العدم (- اه-)

(۱۱) لأنّ الأصل برأيه الذمّة و لكن الأقرب الوجوب لاندراجه فى عنوان الحسبة فيجب حفظ المال المسلم المحترم عن التلف (- فت-)

قوله طاب ثراه فان تلف فعلی ذی الحق (- اه-)

(۱۲) هـذا فی الجملـة ممّا لا خلاف فیه یظهر و انّما الخلاف فی إطلاقه و تقییده فعن الشیخین (- رهما-) فی المقنعة و (- یه-) و ابن حمزة فی الوسیلة و المحقّق فی (- یع-) و (- فع-) و سلّار فی المراسم و القاضی و ابی الصّلاح و غیرهم الإطلاق و عن الشیخ (- ره-) فی

ص: ۲۰۹

(- ط-) و الحلّی فی (- ئر-) و جماعة تقیید ذلک بصورة عدم التمکّن من حین الامتناع الی حین التّلف من تسلیمه الی الحاکم و الّا تعیّن تسلیمه إلیه فإن ترک مع الإمکان کان التّلف من المشتری بل ربّما حکی عن بعض دعوی الشهرة علی ذلک و حجّة القولین امّا علی کون التلف من البائع فی الجملة فی صورة عدم تفریط المشتری فهی قاعدة نفی الضّرر فانّ فی هلاکه من المشتری ضررا عظیما و ظلما فیکون منفیّا لقاعدة الضّرر و امّا حجّة الأوّل علی الإطلاق فأمور أحدها أصالة عدم تعیّن دفعه الی الحاکم مع وجود المالک بل لنا منع جواز الدّفع الیه (- ح-) فضلا عن التعیّن إذ غایة ما دلّ الدّلیل علیه انّ الحاکم وکیل عن الغائب امّا مع حضور المالک فلا دلیل علی ولایته بوجه فتحکّم أصالة العدم و یرتفع ما کان مانعا من جریان قاعدة الضّرر و فیه انّ إنکار ولایة الحاکم فی أمثال المقام مکابرة لأنّه کما یقوم مقام الغائب فکذا یقوم مقام الممتنع عمّن یجب علیه للعمومات و خصوص ما ورد من جملة من الموارد الخاصّة الّتی یقف علیها المتتبع الا تری إلی أخذ الزکاة منه قهرا و تولیة النیّة عنه و أداء دیونه و ما یجب علیه من نفقة و نحوها من ماله ثانیها ما تمسّک به کاشف الظلام من وجوب القبض علی البائع و هو متمکّن منه فلا عذر له إذ الممتنع من أخذ حقّه مع تمکّنه منه هو المضیّع له و الأصل و عدم الدّلیل قاضیان بعدم وجوب الدفع الی الحاکم ای الوکیل مع وجود الأصیل و تمکّنه من التسلّم بل غایة ما قام الدلیل علیه من إجماع و غیره انّما هو وجوب الدّفع الی المالک خاصّة و فیه انّه بعد تسلیمه وکالة الحاکم عنه (- ح-) قهرا کما هو صریح کلامه لا معنی لمنع وجوب الدّفع الیه مع الإمکان سیّما بعد صدق المفرط علیه بترک الدّفع الیه و لا ینافی ذلک تفریط المالک (- أیضا-) ضرورة أنّ تفریطه لا یرفع اثر تفریط غیره کما لا یخفی ثالثها انّ القبض هو التخلیة الصّادقة عرفا بمجرّد ذلک و الواجب علی المشتری انّما هو الإقباض و الواجب علی البائع انّما هو القبض فاذا عصی المالک بترک ما یجب علیه فلا یجب علی المشتری شیء أخر بسبب عصیان البائع علی نحو المقاصّة الّتی هی بعکس المقام فکما یستقلّ المقاصّ بتملّک مال المدیون بمجرّد قبضه له من دون اقباض المدیون دون اقباض المدیون له فکذا یستقلّ المدیون بتملیک صاحب الدّین بمجرّد إقباضه له من دون قبضه منه و رضاه به و أنت خبیر بأنّه انّما یتمّ بناء علی عدم ولایة الحاکم فی مثل المقام و قد عرفت انّه خلاف التحقیق و (- ح-) فعصیان المالک لا یرفع اثر تفریط المشتری المدیون بترک الدّفع الی الحاکم و قیاس ذلک علی المقاصّة لا وجه له مع انّ الحکم فی المقیس علیه (- أیضا-) غیر مسلّم بل لنا اعتبار اذن الحاکم هناک (- أیضا-) کما علیه جماعة و امّا حجّة الثانی علی التقیید فهی الاقتصار فیما خالف الأصل الدالّ علی عدم تعیّن الثمن للبائع حیث کان کلّیا الّا بقبضه أو قبض من یحکمه علی محلّ الوفاق و هو صورة فقد الحاکم و التفاتا الی اندفاع الضّرر عن المشتری بالدّفع الی الحاکم فلو قصّر کان کالمفرط فی المال من حیث تمکّنه من دفعه الی مستحقّه أو نائبه فیکون من ماله تمسّک بذلک فی الرّیاض و تمامیّته موقوفة علی عدم تمامیّة مستند القول الأوّل و إذ قد عرفت عدم تمامیّة ذلک بان لک أقربیّة القول الثّانی

قوله طاب ثراه و لکن لم یخرج عن ملک مالکه (- اه-)

هذا حجّة القول بجواز تصرّف المشتری فیما عزله فی الفرض

قوله طاب ثراه و قاعدة مقابلة الخراج بالضمان غیر جاریة هنا

قد احتجّ القائل بعدم جواز تصرّف المشتری فیما عزله بهذه القاعدة بتقریب انّه إذا لم یکن التلف من المشتری فکیف یکون له التصرّف فیه و کیف یکون النّماء له و الی ردّه أشار الماتن (- ره-) بالحکم بعدم جریانها هنا و الی الوجه فی عدم الجریان

قوله طاب ثراه و یمکن ان یقال انّ الحقّ قد سقط من الذمّة (- اه-)

هذا احد الجوابین عن اشکال الجمع بین الحکم ببقاء ملکیّة الدّافع و بین الحکم بکون التّلف من ذی الحقّ و الجواب الثانی ما نبّه علیه بقوله و یمکن ان یقال بأنّه یقدر انا ما (- اه-) و لی فی الجوابین جمیعا نظر من حیث انّ کلّا من تعلّق الحق به تعلّق حقّ المجنی علیه بالعبد الجانی و تقدیر الدّخول فی ملک ذی الحق انا ما قبل التلف علی خلاف الأصل و القاعدة فلا یصار الیه الّا بدلیل و لیس

ضرورة عدم اقتضاء قاعدة الضّرر ذلک فالوجه الثانی أظهر فیکون المدفوع بالعزل ملکا للبائع و یتشخّص الکلّی فیه و یکون النماء للبائع و التلف منه و یمنع من تصرّف المشتری فیه الّا برضاء البائع بإحدی طرقه و توقف تشخّص الکلّی علی قبض ذی الحق غیر ضائر بعد قابلیّة قاعدة الضّرر لإلغاء قبضه و عدم قبضه و جعل عزل المدیون بمنزلة قبض ذی الحق نعم یختصّ ذلک بصورة تعذّر قبض الحاکم و الّا توقّف زوال ملک الدافع عنه و حدوث ملک ذی الحقّ علی قبض الحاکم

قوله طاب ثراه لأنّ شرعیّة عزله (- اه-)

قد وقع الإشارة الی هذا الوجه فی عبارة (- مع صد-) حیث قال إذا امتنع المالک من القبض و تعذّر الحاکم زال الضّمان عن الدّافع بالتّعیین لکن هل هو مشروط بالحفظ بمجری العادة فیکون أمینا أم لا فلا یکون الحفظ واجبا علیه لم أجد به تصریحا للأصحاب لکن قوّة التأمّل فی کلامهم تشهد للثّانی حیث أطلقوا نفی الضّمان عنه دفعا للضّرر و لو وجب الحفظ الدائم لبقی الضرر المحذور و الزم بالضمان بالتقصیر فیه انتهی و ما احتمله من وجوب الحفظ (- مط-) یمکن استظهاره من (- یع-) و غیرها ممّا قیّد فیه کون التلف من البائع بعدم تفریط المشتری فی الحفظ و لعلّ وجهه انّه مال امرئ مسلم محترم فیجب حفظه علی عامّة المسلمین و هو أحدهم و أقربهم و تساهل المالک فی حفظ ماله لا یوجب ارتفاع حرمة ماله

قوله طاب ثراه و کذا یفعل الحاکم لو قبضه (- اه-)

قد ذکر ذلک فی سلم (- لک-) و أنت خبیر بما فیه فان قبض الحاکم انّما شرع للحفظ و الصّیانة فالتسویة بین الحاکم و بین المدیون و جواز التخلیة للحاکم یستلزم إلغاء قبض الحاکم بل اللازم علی الحاکم حفظه و الإیصال إلیه بأیّ طریق أمکن و لو بالإجبار فإن تعذّر قبضه الی ان یموت و دفعه الی وارثه و مع عدمهم یتصدّق به عن الإمام الذی هو وارث من لا وارث کما لا یخفی

[مسألة فی عدم جواز تأجیل الثمن الحال بأزید منه]

قوله طاب ثراه المصرّح به فی غیره (- اه-)

ممّن صرّح بعدم الخلاف فیه صاحب الجواهر و ادّعی بعضهم الإجماع علیه و الأصل فی ذلک الأدلّة الدالّة من الکتاب و السّنة المتواترة و الإجماع القطعی علی حرمة الرّبا بعد وضوح کون الفرض ربا لانّ حاصله یرجع الی إعطاء الزائد فی مقابلة الناقص إذ لا ثمن للأجل علی حدة لأنّ الأجل لیس جزءا حقیقیّا من احد العوضین و إن کان یختلف العوضان باختلافه و جریان الرّبا هنا هو الفارق بین هذه الصّورة و بین الصّورة الآتیة اعنی التعجیل بالنّقصان لعدم جریانه فیها لأنّه فی الحقیقة حذف شیء من ماله عن الغریم و لا شکّ فی جواز حذف؟؟؟ الکلّ فالبعض بطریق اولی فلا یرد ما قد یتوهّم من انّ الأدلّة الدالّة الآتیة علی جواز تلک الصّورة شاملة لهذه فما وجه التفرقة

قوله طاب ثراه فعن مجمع البیان عن ابن عبّاس انه کان الرّجل من أهل الجاریة (- اه-)

لیس فی مجمع البیان لفظ من أهل الجاریة و الموجود فیه انما هو لفظ منهم بدله و لم یعلم انّ السّهو من قلم الماتن (- ره-) أو من الحاکی و علی فرض صحّة الحکایة فلیس لأهل الجاریة

ص: ۲۱۰

معنى مناسب فيما حضرنى من كتب اللّغة إلّا أهل النّعمة

قوله طاب ثراه و يؤيّده بل يدلّ عليه حسنة ابن ابى عمير أو صحيحته (- اه-)

قد رواها الكلينى (- ره-) عن علىّ بن إبراهيم عن أبيه عن ابن ابى عمير عن حمّاد عن الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السّلام و التّرديد بين حسنه و صحّته بالنّظر الى الخلاف فى كون إبراهيم بن هاشم من الثّقات أو الحسان و قد نبّهنا فى غير موضع على كونه من الصّحاح لكثرة القرائن على ذلك مضافا الى دعوى السيّد بن طاوس الاتّفاق على كونه من الثّقات فالحقّ صحّة السّند مضافا الى انّ الشيخ (- ره-) قد رواها بطريقين اخرين صحيحين أحدهما بإسناده عن الحسين بن سعيد عن فضالة عن ابان عن محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام و الأخر بإسناده عن الحسين بن سعيد عن ابن ابى عمير عن حمّاد عن الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السّلام

قوله طاب ثراه و يدلّ عليه بعض الأخبار (- اه-)

ستسمع إنشاء اللّه تعالى عند تعرّضنا عن قريب لتفصيل ذلك على تلك الأخبار و أشار (- قدّه-) بقوله حتّى صاروا موردا لاعتراض العامّة إلى صحيح ابن الحجّاج الآتى

قوله طاب ثراه و يؤيّده بعض الاخبار الواردة فى باب الدّين فيما إذا اعطى المديون بعد الدّين شيئا (- اه-)

أشار بذلك الى ما رواه فى الوسائل فى باب جواز قبول الهدية و الصّلة ممّن عليه الدّين عن ثقة الإسلام (- ره-) عن محمّد بن يحيى عن محمّد بن الحسين عن موسى بن سعدان عن الحسين بن ابى العلاء عن إسحاق بن عمّار عن ابى الحسن عليه السّلام قال سئلته عن الرّجل يكون له مع رجل مال قرضا فيعطيه الشىء من ربحه مخافة ان يقطع ذلك عنه فيأخذ ماله من غير ان يكون شرط عليه قال لا بأس بذلك ما لم يكن شرطا

قوله طاب ثراه و ظهر (- أيضا-) انّه يجوز المعاوضة اللازمة (- اه-)

لما لم يساعده الزمان على الوفاء بما وعده من توضيح هذه المسئلة فى باب الشروط أو كتاب القرض ناسب ان ننوب عنه فى الوفاء و توضيح الكلام فيها فنقول انّه يجوز اشتراط التّأجيل بالزّيادة فى عقد لازم كبيع و نحوه بان يبيع ذو الحقّ شيئا من المديون بتلك الزّيادة بعقد لازم و يشترط فى ضمنه تأجيل ذلك الحال فى ضمن هذا العقد سواء اشترط تأجيل ثمن المبيع الثانى مع ذلك السّابق الثّابت فى ذمّته أم اقتصر على اشتراط تأجيل السّابق و هذا من الحيل الشرعيّة للتخلّص من الرّبا فيستدين مائة دينار مثلا قرض الحسنة ثمّ يشترى خاتما قيمته درهم بخمسة دنانير و يشترط فى ضمن العقد عدم تسلّط المقرض على استعادة المائة دينار أو المائة و الخمسة جميعا إلى سنة و الغرض من هذا التقرير انّما هو جواز الزّيادة و الا فيمكن اشتراط تأجيل الحق الحال فى ضمن عقد لازم من غير زيادة كما حكى التّصريح به عن (- كرة-) و (- شاد-) و (- عد-) فى التنقيح و غاية المرام و إيضاح (- فع-) و (- مع صد-) و الميسية و (- لك-) و (- الروضة-) و الكفاية و مجمع الفائدة و غيرها بل فى محكى الأخير احتمال عدم الخلاف فيه و بالجملة فقد صرّح بجواز التّأجيل بالزيادة على الوجه المذكور جمع كثير قاطعين به بل استظهر فى (- ئق-) و كشف الظّلام اتفاق الأصحاب عليه و نفى بعض من تأخّر معرفة الخلاف فيه و الأصل فى ذلك بعد عمومات الوفاء بالعقود و التزام الشروط طائفة من الأخبار فمنها الموثق بابن إسحاق كالصّحيح لابن ابى عمير الّذى رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن احمد بن محمّد عن ابن ابى عمير عن محمّد بن إسحاق بن عمّار قال قلت لأبى الحسن عليه السّلام يكون لى على الرّجل دراهم فيقول أخّرنى بها و انا أربحك فابيع حبّة تقوم علىّ بألف درهم بعشرة الاف درهم أو قال بعشرين ألفا و أؤخّره بالمال قال لا بأس و منها ما رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن محمّد بن يحيى عن احمد بن محمّد عن على بن حديد عن محمّد بن إسحاق بن عمّار قال قلت لأبى الحسن عليه السّلام انّ سلسبيل طلبت منّى مائة ألف درهم على ان تربحنى عشرة الاف فأقرضها تسعين ألفا و أبيعها ثوبا أو شيئا تقوم بألف درهم بعشرة الاف درهم قال لا بأس قال الكلينى (- ره-) و فى رواية أخرى لا بأس به أعطها مائة ألف و بعها الثوب بعشرة ألف و اكتب عليها كتابين و منها ما رواه هو (- ره-

) عن علیّ بن إبراهیم عن هارون بن مسلم عن مسعدة بن صدقه عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال سئل عن رجل له مال علی رجل من قبل عینة عیّنها إیاه فلمّا حلّ علیه المال لم یكن عنده ما یعطیه فأراد أن یقلب علیه و یربح أ یبیعه لؤلؤا أو غیر ذلك ما یسوی مائة درهم بألف درهم و یؤخّره قال لا بأس بذلك قد فعل ذلك ابی (- رض-) و أمرنی أن افعل ذلك فی شیء كان علیه و منها ما رواه الشیخ (- ره-) بإسناده عن احمد بن محمّد عن علیّ بن الحكم عن عبد الملك بن عتبة قال سالته عن الرّجل یرید ان أعینه المال أو یكون لی علیه مال قبل ذلك فیطلب منّی مالا أزید علی مالی الّذی علیه ا یستقیم أن أزیده مالا و أبیعه لؤلؤة تسوی مائة درهم بألف درهم فأقول أبیعك هذه اللّؤلؤة بألف درهم علی ان أؤخّرك بثمنها أو بمالی علیك كذا و كذا شهرا قال لا بأس و منها ما رواه هو (- ره-) بإسناده عن ابی علی الأشعری عن الحسن بن علی بن عبد اللّه عن عمّه محمّد بن أبی عبد اللّه عن محمّد بن إسحاق بن عمّار قال قلت للرّضا علیه السّلام الرّجل یكون له المال فیدخل علی صاحبه یبیعه لؤلؤة تسوی مائة درهم بألف درهم و یؤخّر عنه المال الی وقت قال لا بأس به قد أمرنی أبی ففعلت ذلك و زعم انّه سئل أبا الحسن علیه السّلام عنها فقال مثل ذلك و منها ما رواه هو (- ره-) بإسناده عن محمّد بن احمد بن یحیی عن إبراهیم بن إسحاق عن محمّد بن سلیمان الدیلمی عن أبیه عن رجل كتب الی العبد الصّالح علیه السّلام یسئله انّی أعامل قوما أبیعهم الدّقیق اربح علیهم فی القفیز درهمین إلی أجل معلوم و انّهم سئلونی أن أعطیهم عن نصف الدقیق دراهم فهل من حیلة لا ادخل الحرام فكتب إلیه أقرضهم الدّراهم قرضا و ازدد علیهم فی نصف القفیز بقدر ما كنت تربح علیهم و منها الصّحیح الّذی رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن محمد

بن یحیی عن محمّد بن الحسین عن صفوان عن عبد الرّحمن بن الحجّاج قال سئلته عن الصّرف الی ان قال فقلت له اشتری ألف درهم و دینارا بألفی درهم فقال لا بأس بذلك انّ ابی كان اجری علی أهل المدینة منی فكان یقول هذا فیقولون انّما هذا الفرار لو جاء رجل بدینار لم یعط ألف درهم و لو جاء بألف درهم لم یعط ألف دینار و كان یقول لهم نعم الشّیء الفرار من الحرام الی الحلال الی غیر ذلك من الأخبار المنجبرة أو المعتضدة بعمل الطّائفة فلا ینبغی بعد ذلك الإشكال فی المسئلة و لكن مع ذلك فقد وقع الاستشكال من وجوه أحدها ما حكی عن الشهید (- ره-) من الاستشكال فی خصوص شرط أجل القرض فی ضمن عقد لازم بانّ الشّرط فی ضمن العقد اللّازم یجعله جائزا فكیف ینعكس و یصیر القرض الّذی هو جائز لازما بالشرط و الجواب انّ الشرط انّما یجعل العقد اللازم جائزا ما لم یحصل فاذا وجد فی الخارج لزم العقد و شرط لزوم القرض حیث یحصل من حین الشّرط یلزم به العقد الجائز و هو القرض و بقی العقد المشروط فیه لزوم القرض علی لزومه (- فت-) كی یظهر لك إمكان المناقشة فی ذلك بان لزوم أجل القرض موقوف علی لزوم العقد المشروط فیه لزوم القرض فلا معنی لتوقّف لزوم العقد المذكور علی لزوم العقد و الّا لدار فالأولی فی الجواب ان یقال انّ جواز العقد من جهة لعارض الشّرط لا یمنع من لزوم

ص: ۲۱۱

الوفاء بمقتضـی الشرط المضطرب و إلا لما لزم الوفاء بشیء من الشروط فی ضمن العقود لتوقف لزوم الوفاء علی لزوم العقد المتضمّن لـذلک الشّـرط فلو کان العقد المتضـمّن للشّـرط جائزا من جمیع الجهات لم یتمّ المطلوب و هذا هو الاشـكال المزبور عند الكلام فی خیار الشّـرط مع جوابه فراجع و تـدبّر ثانیها ما حكاه فی دین (- مع صـد-) عن الشّـهید (- ره-) قال (- ره-) فی شـرح قول العلّامة (- ره-) لو شرط الأجل فی القرض لم یلزم و لكن یصحّ ان یجعل اجله شرطا فی عقد لازم فیلزم ما لفظه انّ الشهید (- ره-) أورد إشكالا فی المقام حاصـله انّه ان أرید بلزومه توقّف العقد المشـروط فیه علیه فمسـلّم لكنّه خلاف المتبادر من كونه لازما إذ العقود المشـروط فیها شـروط لا تقتضـی لزومها بل فائـدتها تسـلّط من تعلّق غرضه بها علی الفسـخ بالإخلال بها و ان أرید لزوم ذلک الشـرط فی نفسه بمعنی انّه لا سبیل إلی الإخلال به لم یطرد الّا ان یفرّق بین اشتراط ما سـیقع و ما هو واقع و یجعل التّأجیل من قبیل الواقع فیتمّ ثمّ قال و یمكن الجواب بانّ المراد بكون الشـرط لازما وجوب الوفاء به كما وجب الوفاء بالعقد اللازم لأنّه من جملة مقتضیاته و تسلّط من تعلّق غرضه به علی الفسخ بدونه لا ینافی هذا المقدار من اللّزوم من طرف العاقد الأخر فیكون الشـرط و العقد لازمین من طرف المشتری و من طرف من تعلّق به غرضه یكون لازما مع الإتیان بالشـرط لا بدونه و هذا معنی واضح صـحیح الی ان قال و ما ذكروه من الفرق بین الشـرط الّذی سـیفعل و غیره (- أیضا-) متّجه فلا یبعد ان یقال إذا شـرط الحال فی عقد لازم كان كما لو شـرط فی العوض الواقع فی ذلک العقد فیلزم بهذا الشّـرط و هذا هو المفهوم من إطلاق الأصـحاب تأجیل الحال فی عقد لازم و لیس هو كاشتراط ان یفعل الفعل الثّانی انتهی و فی الإشـكال و الجواب جمیعا غرض فتـدبّر ثالثها ما صـدر من بعض المعاصـرین شـفاها من الوسوسـة فی اشتراط لزوم أجـل القرض بـانّ تسـلّط الـدائن علی مطالبـة المـدیون بحقّه حیثمـا شـاء من الأحكام لا الحقوق و الحكم لا یبـدّل و لا یمكن اشتراط خلافه فی عقد و أنت خبیر بانّ ذلک ناش من القصور و قلّة الفهم و الاشـتغال عن الفقه بما لا یضـرّ جهله ضـرورة وضوح كون ذلک حقّا لا حكمـا مع انّ الأخبـار المزبورة كافیـة فی الجواز رابعها ما حكاه كاشف الظلام عن المولی الوحیـد البهبهانی (- ره-) من منع الشـرط المزبور و تحریم الحیل الشرعیّة نظرا الی انّ العقود تتبع القصود و أرباب استعمال هذه الحیل لا یقصدون الحقیقة أصلا و لعلّه مراد المحـدّث البحرانی (- ره-) بـالبعض فی قوله بعـد نقـل الأخبار و العجب انّه مع هـذه الاخبار الّتی رأیت و اتّفاق الأصـحاب علی ذلک كان بعض من یدّعی الفضل من المعاصـرین بل الأفضلیّة ینكر ذلک و یقول ببطلانه مستندا الی انّ البیع المذكور غیر مقصود و ما هو الّا محض اجتهاد فی مقابلة النّصوص و ردّ علی أهل الخصوص انتهی و الإنصاف عدم خلوّ شیء من كلامی الوحید و المحدّث عن مناقشـة امّـا الأـوّل فلكونه نزاعا فی الصّـغری و نحن انّما نتكلّم علی فرض الفراغ منها و المحاكمـة بین العلمین ان یقال انّه ان أراد المحقّق الوحید عدم الجواز و عدم الصـحّة حتّی إذا وطّن المتبایعان نفسیهما فی هذه المعاملات علی الوفاء بذلک علی كلّ حال و إن كان لامضائه داع من الصّبر بالدّین الحال إلی الأجل و نحو ذلک ففیه منع ظاهر ضرورة عدم سبب للبطلان (- ح-) بعد حصول العقد بأركانه و شـرائطه و كون الأكل أكلا بالتّراضـی لا الباطل و ان أراد تسـلیم الصّـحة فیما إذا تمَّ أركان العقد و شرائطه الّتی منها القصد الی النّقل و الانتقال حقیقة و منع الصّـحة و عدم كفایة الصّورة المحضة مع عدم قصد النّقل و الانتقال فی الحقیقة فهو فی غایة الجودة و المتانـة و هـذا هو الّـذی یظهر من مجـامع كلامه المحكی و امّا المحـدّث البصـیر فإن أراد إثبات الصـحّة فیما إذا تمَّ أركان العقـد و حصـل القصـد الی النّقل فلا اعتراض علیه بوجه لكن لا نزاع له (- ح-) مع المولی الوحیـد و ان أراد إثبات الصّـحة (- مط-) و كفایة الصّورة و ان لم یقصـد النّقل فی الحقیقـة اسـتنادا الی الأخبار المزبورة نظرا الی دعوی ظهورها فی كفایـة الصّورة المحضة ففی مقالته نظر ظاهر ضرورة انّ الظهور المدّعی لو سلّم فلا حجّة فیه فی قبال القطع باشتراط موافقة القصد للعقد و عدم كفایة اللّفظ وحده فلا بدّ (- ح-) تنزیل الأخبار علیه و (- ح

-) فلا یكون التنزیل المذكور اجتهادا فی مقابلة النّصوص بل إكراما للنّصوص عن إبقائها علی مخالفة المقطوع به فتأمّل جیّدا خامسها ما استجوده بعض الأواخر (- قـده-) من الاستشـكال بان تجویز ذلک مناف للحكمـة الباعثة علی تحریم ما یتوصّل إلی إباحته بالحیل

المعروفة و بعبارة أخری تجویز ذلک مناف للحکمة الباعثة علی تحریم الرّبا و نحوه و أنت خبیر بانّ ذلک اجتهاد فی مقابل النّصوص الصّراح فی ذلک الا تری الی قوله (- ع-) نعم الشّیء الفرار من الحرام الی الحلال سادسها ما قد یتخیّل من معارضة الأخبار المزبورة بما رواه الشیخ (- ره-) عن یونس الشّیبانی قال قلت لابیعبد اللّه علیه السّلام الرّجل یبیع البیع و البائع یعلم انه لا یسوی و المشتری یعلم انّه لا یسوی الّا انّه یعلم انّه سیرجع فیه لیشتریه قال فقال یا یونس انّ رسول اللّه (- ص-) قال لجابر بن عبد اللّه کیف أنت إذا ما ظهر الجور و أورثهم الذّل فقال له جابر لا بقیت الی ذلک الزمان و متی یکون ذلک بأبی أنت و أمّی قال إذا ظهر الرّبا یا یونس فهذا الرّبا فان لم تشتره منه ردّه علیک قال قلت نعم قال فقال علیه السّلام لا تقرّبنه لا تقرّبنه و أنت خبیر بانّ قصور سنده مع فقد الجابر له بل وجود الموهن و هو إعراض الأصحاب عنه یأبی عن معارضته للأخبار المزبورة فیطرح أو یحمل علی شیء من أمور أحدها ما حکاه فی (- ئق-) عن بعض مشایخه من الحمل علی الکراهة ثانیها ما صدر من المحدث الکاشانی فی محکی الوافی من حمله له علی صورة عدم القصد الی النّقل حقیقة حیث قال فیما حکی عنه انّه لا منافاة بین هذا الخبر و الاخبار المتقدّمة لأنّ المتبایعین هنا لم یقصد البیع و لم یوجباه فی الحقیقة و هناک اشترطا ذلک فی جوازه انتهی ثالثها ما فی (- ئق-) من حمله علی التقیّة لما دلّت علیه الاخبار المتقدّمة من تشدید العامّة فی المنع من هذه الصّورة و کیف کان فلا إشکال فی المسئلة

قوله طاب ثراه و ظهر (- أیضا-) من التّعلیل المتقدّم فی روایة ابن ابی عمیر (- اه-)

أقول هذه المسئلة کسابقتها فی لزوم تعرّضنا لها فنقول انّه قد صرّح بجواز تعجیل ثمن المبیع المؤجّل و سائر الحقوق المالیّة المؤجّلة بنقصان منها جمع قاطعین به بل فی (- ئق-) انّه صرّح به الأصحاب من غیر خلاف یعرف فی الباب و نفی فی الجواهر وجدان الخلاف فیه بل ادّعی بعض الأواخر الإجماع علیه صریحا و الاخبار بذلک مستفیضة و لا فرق فی الحکم بین ان یبرئه ممّا یسقطه إبراء و بین ان یصالحه صلحا أمّا الإبراء فهو عبارة عن الحذف و الاسقاط و لا مانع منه قطعا بل لا مانع من الإبراء من الکلّ فمن البعض اولی سیّما و الاسقاط هنا لیس خالیا عن النّفع بالکلیّة بل له نفع ما فی الجملة و هو أخذ الباقی حالّا و امّا الصّلح فوجهه عموم دلیله و هو فی الحقیقة صلح بمال علی إسقاط حقّ و هو التّأخیر إلی أجل فأیّ مانع منه و هو المسمّی عندهم بصلح الحطیطة و الاخبار الدالّة علی جواز ذلک مطلقة غیر مخصّصة لذلک بصورة الصّلح بل یستفاد منها الأمران معا باعتبار دلالتها علی

ص: ۲۱۲

انّ مطلق التراضی کاف فمنها صحیح الحلبی المتقدّم فی کلام الماتن (- ره-) الّذی عبّر عنه بحسنهٔ ابن ابی عمیر و منها ما رواه الشیخ (- ره-) بإسناده عن الحسین بن سعید عن فضالهٔ عن ابان عمّن حدّثه عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال سئلته عن الرّجل یکون له علی الرّجل الدّین فیقول له قبل ان یحلّ الأجل عجّل لی النّصف من حقّی علی ان أضع عنک النّصف ا یحلّ ذلک لواحد منهما قال نعم و منها ما رواه الکلینی (- ره-) عن حمید بن زیاد عن الحسن بن محمّد بن سماعهٔ عن غیر واحد عن ابان عن زرارهٔ عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال سئلته عن رجل اشتری جاریهٔ بثمن مسمّی ثمّ باعها فربح فیها قبل ان ینقد صاحبها الّذی هی له فأتاه صاحبها یتقاضاه و لم ینقد ماله فقال صاحب الجاریهٔ للّذین باعهم اکفونی غریمی هذا و الّذی ربحت علیکم فهو لکم قال لا بأس و رواه الشّیخ (- ره-) بإسناده عن الحسین بن سعید عن صفوان عن ابن مسکان عن محمّد الحلبی و عن ابن ابی عمیر عن حمّاد عن الحلبی جمیعا عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال بعض الفضلاء فی شرح الرّوایهٔ الظّاهر انّه باعهم المشتری بأجل فلمّا طلب البائع الأوّل منه الثمن حط عن الثمن بقدر ما ربح لیعطوه قبل الأجل و هذا جائز کما صرّح به الأصحاب و ورد به غیر واحد من الأخبار انتهی و هو متین ضرورهٔ انّه لو کان الثمن نقدا فإنّه لا معنی لهذه المصالحهٔ بإسقاط بعض حقّه لیکفوه غریمه کما لا یخفی

[مسألة فی جواز بیع العین الشخصیة بثمن مؤجل من بایعه و غیره]

قوله طاب ثراه فلا خلاف فیه الّا بالنّسبهٔ الی بعض صور المسئلهٔ (- اه-)

أراد بالبعض ما إذا اشتری البائع نسیئهٔ المبیع من المشتری بعد حلول الأجل قبل قبض الثمن بجنس الثمن الّذی باعه منه أوّلا مع الزّیادهٔ عن القدر الّذی باعه به أو النقیصهٔ و لازم جمع الصّور انّ للمستثنی منه صورتین أخیرتین و هی (- کک-) فإنّ الأولی شراء البائع نسیئهٔ المبیع من المشتری قبل حلول الأجل إذا لم یکن شرط ذلک علی المشتری فی ضمن البیع الأوّل و جواز ذلک ممّا افتی به جمع کثیر بل استظهره فی مجمع الفائدهٔ عدم الخلاف فیه تارهٔ و قال کان الإجماع دلیله اخری و قد نفی وجدان الخلاف فیه فی الجواهر و جزم فی المستند بعدم الخلاف فیه تارهٔ و ادّعی علیه الإجماع أخری و فی الرّیاض انّه لا خلاف فیه فتوی و نصّا عموما و خصوصا و فی مفتاح الکرامهٔ انّه لا خلاف فیه و استظهر فی کشف الظّلام تحصیل الإجماع علیه و قد جزم بعدم الخلاف فیه الماتن (- ره-) (- أیضا-) لکن ذلک من هؤلاء علی کثرتهم و مداقتهم عجیب لصراحهٔ عبارهٔ المراسم فی المخالفهٔ حیث قال (- ره-) ان باع ما ابتاعه إلی أجل قبل حلول الأجل فبیعه باطل و ان باعه بعده و ان لم یوف ثمنه جاز ذلک انتهی و قد تنبّه لذلک سیّدنا فی مفتاح الکرامهٔ و نبّه علی عدم وجدان نقل خلافه من احد و علی ایّ حال فحجّهٔ القول المعروف أمور أحدها وجود المقتضی و هو ملک المشتری الأوّل للمبیع بنفس العقد و فقد المانع إذ لیس الإبقاء الثمن فی عهدته للأجل المضروب فی ضمن العقد و ذلک لا یصلح للمانعیّهٔ و لا أقلّ من الشکّ فالأصل عدم المانعیّهٔ الثانی عمومات العقود و البیع و التجارهٔ الثالث الأخبار الخاصّهٔ المستفیضهٔ مثل صحیح بشار بن یسار و صحیحهٔ منصور بن حازم و حسنهٔ الحسین بن المنذر و روایهٔ قرب الاسناد الآتیات فی کلام الماتن (- ره-) و حجّهٔ سلّار لعلّها الصّحیح الذی رواه الشیخ (- ره-) بإسناده عن الحسین بن سعید عن صفوان بن یحیی عن منصور بن حازم قال سئلت أبا عبد اللّه علیه السّلام عن الرّجل یکون له علی الرّجل طعام أو بقر أو غنم أو غیر ذلک فاتی الطالب المطلوب لیبتاع منه شیئا قال لا یبعه نسئا فامّا نقدا فلیبعه بما شاء و أنت خبیر بانّ مورده غیر مورد البحث لعدم کون المفروض فیه ابتیاع ما باعه منه و عدم دلالته علی کون الطّعام و البقر و الغنم منتقلا الی المطلوب بالشّراء من الطّالب فهو أجنبیّ عن مراد سلّار و ما قلناه فی وجه مغایرهٔ مورده لمورد البحث هو الوجه لا ما ارتکبه فی الجواهر أخذا من مفتاح الکرامهٔ من احتمال کون شیئا تصحیف نساء و لا ما ارتکبه الکاشانی فی محکی الوافی من تقیید الشیء بکونه من ذلک المتاع الّذی علیه ضرورهٔ کون کلیهما اجتهادا بلا شاهد و تقییدا من غیر قرینهٔ و إذ قد تبیّن عدم انطباق الرّوایهٔ علی مورد البحث ظهر عدم الحاجهٔ الی حملها علی الکراههٔ کما ارتکبه فی الرّیاض حیث قال انّ فیه إجمالا مع احتمال الحمل

على الكراهـة جـدّا جمعا بينه و بين ما تقـدّم لعـدم مكافئـة له قطعا انتهى و الوجه فى عـدم المكافئـة على فرض الانطباق ظاهر للشذوذ رواية و فتوى فالقول المعروف ممّا لا يرتاب فيه ذو ادنى مسكة الصّورة الثّانية شراء البائع نسيئة المبيع من المشترى بعد حلول الأجل قبل قبض الثمن بمثل ثمنه من غير زيادة و لا نقيصة و بغير جنس ثمنه بزيادة أو نقيصة حالّا و مؤجّلا و ذلك (- أيضا-) ممّا صرّح به جماعة قاطعين به بل نفى فى الرّياض ظهور الخلاف فيه و نفى فى كشف الظّلام وجدان الخلاف فيه و جزم فى الجواهر بعدم الخلاف فيه و فى مجمع الفائدة انّه لا كلام فيه و ظاهر غاية المراد (- أيضا-) عدم الخلاف فيه لتخصيصه الخلاف بغير الفرض و عن حواشيه على (- عد-) التصريح بعدم الخلاف فيه و عن كشف الرّموز الإجماع عليه و الأصل فى ذلك بعد العمومات إطلاق صحيحة منصور بن حازم و حسنة بشار الآتيتين فى المتن بل عمومهما النّاشى من ترك الاستفصال كإطلاق أو عموم ما رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن محمّد بن يحيى عن احمد بن محمّد عن علىّ بن الحكم عن سيف بن عميرة عن ابى بكر الحضرمى قال قلت لابيعبد اللّه عليه السّلام رجل تعيّن ثمّ حلّ دينه فلم يجد ما يقضى أ يتعيّن من صاحبه الذى عيّنه و يقضيه قال نعم بناء على انّ العينة هو الشّراء نسيئة و مثله الحال فى الصّحيح الّذى رواه هو (- ره-) عن ابى على الأشعرى عن محمّد بن عبد الجبّار عن صفوان

بن يحيى عن هارون بن خارجة قال قلت لابيعبد اللّه عليه السّلام عينت الرّجل عينة فحلّت عليه فقلت له اقضنى فقال ليس عندى فعيّنى حتّى أقضيك فقال عيّنه حتّى يقضيك و رواه الصّدوق رحمه اللّه بإسناده عن صفوان الجمّال عن الصّادق عليه السّلام و مثلهما الصّحيح الّذى رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن ابن مسكان عن ليث المرادى عن ابى عبد اللّه عليه السّلام قال سأله رجل زميل لعمر بن حنظلة عن رجل تعيّن عينة الى أجل فإذا جاء الأجل تقاضاه فيقول لا و اللّه ما عندى و لكن عيّنى (- أيضا-) حتّى أقضيك قال لا بأس ببيعه بيان الزّميل الرّفيق فى السّفر الّذى يعينك على أمورك و الزميل الرّديف قاله فى المجمع و خصوص موثق يعقوب بن شعيب و عبيد بن زرارة أو صحيحهما سئلا أبا عبد اللّه عن رجل باع طعاما بمائة درهم الى أجل فلمّا بلغ ذلك الأجل تقاضاه فقال ليس عندى دراهم خذ منى طعاما فقال لا بأس به فإنّما له دراهم يأخذه بها ما شاء الى غير ذلك من الأخبار الدالّة إطلاقا أو عموما نصوصا أو ظهورا عليه فلا اشكال فيه

قوله طاب ثراه و عن الشهيد (- ره-) انّه تبع الشيخ جماعة (- اه-)

قاله فى غاية المراد و لكن فى مفتاح الكرامة انا لم نظفر بهم

قوله طاب ثراه فالأقوى هو المشهور (- اه-)

قد اختار هذا القول اعنى الجواز فى (- يع-) و (- كرة-) و (- عد-) و (- لف-) و (- شاد-) و الإيضاح و اللّمعتين و غاية المراد و (- مع صد-) و التنقيح و مجمع الفائدة و الكفاية و (- ئق-) و الرّياض و محكى (- س-) و التلخيص و حواشى الشهيد و المقتصر و إيضاح النافع و الميسية و غيرها و حكاه فى غاية المراد و غيره

ص: ۲۱۳

عن الشیخ المفید و ابن سعید و فی (- لف-) و الإیضاح عن ابی المظفّر والد العلّامة بل فی (- فع-) انّه أشهر الرّوایتین و فی (- ئق-) و مفتاح الکرامة و المستند انّه المشهور بل فی الثّانی انّه قد نقلت الشهرة فی عدّة مواضع و هی معلومة بل کاد یکون إجماعا انتهی و قد وقع الاستدلال علی ذلک تارة بأصالة الجواز و اخری بما فی المتن من العمومات و الاخبار و ثالثة بما فی (- لف-) من انّه مال مملوک تصحّ المعاوضة علیه و یمکن نقله و قد وقع علیه عقد البیع فیکون صحیحا عملا بالعلّة و یمکن تقریره بوجود المقتضی و انتفاء المانع

قوله طاب ثراه فی صحیحة یسار بن یسار (- اه-)

الموجود فی النّسخة من نسخ المتن یسار بن یسار بالیاء المثنّاة من تحت ثمّ السّین المهملة ثمّ الرّاء فیهما و هو سهو و انّما الموجود فی النّسخ المعتبرة من کتب الاخبار بشار بن یسار بالباء الموحّدة ثمّ الشّین المعجمة فی الأوّل و الرّوایة قد رواها الکلینی (- ره-) عن محمّد بن یحیی عن محمّد بن الحسین عن محمّد بن إسماعیل عن منصور بن یونس عن شعیب الحدّاد عن بشار بن یسار قال سألت أبا عبد اللّه علیه السّلام الی أخر ما فی المتن مع زیادة لفظة به بعد قوله لا بأس مع تقدیم قوله و لا بقرک علی قوله و لا غنمک و قد وصف الرّوایة بالصّحة فی الرّیاض و الجواهر و المتن و هذا الطّریق لیس من الصّحیح لانّ منصور بن یونس بن بزرج واقفی موثق و لعلّ الوصف بالصّحة بالنّظر الی الطریق الأخر و هو الکلینی (- ره-) عن ابی علی الأشعری عن محمّد بن عبد الجبّار عن صفوان بن شعیب و عموم الجواب النّاشی من ترک الاستفصال یقتضی عدم الفرق بین الشّراء حالّا و مؤجّلا بالثمن الأوّل أو زیادة أو نقصان

قوله طاب ثراه و صحیحة ابن حازم (- اه-)

قد رواها الصّدوق (- ره-) بإسناده عن منصور بن حازم و رواها الشیخ (- ره-) بإسناده عن الحسین بن سعید عن صفوان بن یحیی عن منصور بن حازم مع زیادة کلمة (- لک-) بعد الموصول و قبل کلمة عندی و دلالتها انّما هی علی بعض المطلوب و هو ما إذا اشتری بذلک الثمن

قوله طاب ثراه و روایة الحسین بن المنذر (- اه-)

قد رواها ثقة الإسلام (- ره-) عن عدّة من أصحابه عن احمد بن محمّد بن عیسی عن ابن ابی عمیر عن حفص بن سوقة عن الحسین بن المنذر و السّند من الحسن

قوله طاب ثراه فیطلب العینة (- اه-)

قد وقع الخلاف فی تفسیر اللّفظة ففی السّرائر انّ العینة بالعین غیر المعجمة المکسورة و الیاء السّاکنة و النّون المفتوحة مخفّفة و الهاء المنقلبة عن تاء و معناها فی الشّریعة هو ان یشتری السّلعة بثمن مؤجّل ثمّ یبیعها بدون ذلک نقدا لیقضی دینا علیه ممّن قد حلّ له علیه فیکون الدّین الثّانی و هو العینة من صاحب الدّین الأوّل روی ذلک أبو بکر الحضرمی مأخوذ ذلک من العین و هو النّقد الحاضر انتهی و یوافقه فیما ذکره فی تفسیر العینة عبارة النّهایة الأثیریّة و هی قوله و فی حدیث ابن عبّاس انّه کره العینة هو ان یبیع من رجل سلعة بثمن معلوم إلی أجل مسمّی ثمّ یشتریها منه بأقلّ من الثمن الّذی باعها به فان اشتری بحضرة طالب العینة سلعة من أخر بثمن معلوم و قبضها ثمّ باعها المشتری من البائع الأوّل بالنّقد بأقلّ من الثمن فهذه (- أیضا-) عینة و هی أهون من الاولی و سمّیت عینة لحصول النّقد الّذی لصاحب العینة لأنّ العین هی المال الحاضر من النّقد و المشتری إنّما یشتریها لیبیعها بعین حاضرة تصل إلیه معجّلة انتهی ما فی (- یة-) و فی الصّحاح انّها السّلف و عن بعض الفقهاء هی ان یشتری السّلعة ثمّ إذا جاء الأجل باعها علی بائعها بثمن المثل و أزید و عن بعضهم انّها شراء ما باعه نسیئة فعلی التّفسیر الأوّل و الأخیر یکون الخبر دالّا علی المطلوب و علی الثّانی و الثالث لا یدلّ کما هو واضح عند المتدبّر

قوله طاب ثراه و قد یستدلّ (- أیضا-) بروایة یعقوب (- اه-)

المستدلّ هو العلّامة (- ره-) فى (- لف-)

قوله طاب ثراه و فى دلالتها نظر (- اه-)

وجه النّظر انّ قوله خذ منّى طعاما لا يفيد كون الطّعام عين الطّعام الّذى اشتراه لانّ الطّعام فى قوله خذ منّى طعاما نكرة و (- ح-) فيخرج الخبر عن محلّ البحث و قد سبق الشهيد (- ره-) الماتن (- ره-) فى المناقشة فى دلالة الرّواية مبيّنا لوجه النّظر حيث قال فى غاية المراد بعد حكايته عن (- لف-) التمسّك به ما لفظه و لم يذكر يعنى (- لف-) وجه دلالته و ليس ظاهر الدلالة على المطلوب لانّ قوله لا بأس به و ان عاد الى الطّعام فليس بلازم ان يكون عين المبيع و ليس النّزاع الّا فيه هنا و إن كان الشيخ (- ره-) فى (- ف-) منع شراء طعام بها زائدا لاستلزامه بيع الطّعام بالزّيادة سلّمنا أنّه عائد إلى عين المبيع لكن لا تصريح بشرائه بنقيصة أو زيادة ثمّ قال فان استدلّ بقوله يأخذ بها ما شاء منعنا عمومه سلّمنا لكن الشمول للطّعام المبيع بأن يأخذ بعضه بدراهمه أو أزيد منه بها و هو غير المتنازع إذ النزاع فى ان يأخذه بأقلّ من دراهمه أو أزيد منها و ليس ذلك عين هذا و لا مستلزما له غايته أنّه يأخذه ببعض دراهمه نسيئة أخذ أزيد بجميع دراهمه فى انّه إضرار بالمشترى و أخذ بعضه بدراهمه نسيئة واحدة بأزيد من دراهمه لانّه حيف على البائع انتهى و لا يخفى ما فى عبارته من التعقيد و المراد واضح

قوله طاب ثراه من رواية خالد بن الحجّاج (- اه-)

قد رواها الشيخ بإسناده عن محمّد بن احمد بن يحيى عن يعقوب بن يزيد عن خالد بن الحجّاج

قوله طاب ثراه و رواية عبد الصّمد (- اه-)

رواها الشيخ بإسناده عن الحسين بن سعيد عن القسم بن محمّد عن عبد الصّمد بن بشر و ربّما وقع الاستدلال فى كلماتهم للشّيخ بخبرين اخرين أحدهما ما رواه عن الحلبى قال سئل أبو عبد اللّه عليه السّلام عن رجل اشترى ثوبا ثمّ ردّه على صاحبه فأبى أن يقبله إلّا بوضيعة قال لا يصلح له ان يأخذه فإن جهل و أخذه بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الأوّل ما زاد و ناقش فيه الشهيد (- ره-) فى غاية المراد بظهوره فى انّ المردود على جهة الإقالة و الظّواهر حجّة و قد اجمعوا على عدم جواز الزّيادة و النّقيصة فيها و أبطلوها بها على ان لا يصلح من عبارات الكراهة فى بعض الموارد و لا يتعيّن لها أو للحرمة الا بالقرائن و لا قرينة هنا على أحدهما فيسرى إليه الإجمال ثانيهما رواية محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام قال قال أمير المؤمنين عليه السّلام من اشترى طعاما و علفا إلى أجل فلم يجد صاحبه فليس شرطه الّا الورق؟؟ فان قال خذ منّى بسعر اليوم ورقا فلا يأخذ إلّا طعامه أو علفه فان لم يجد شرطه و أخذ ورقا لا محالة قبل ان يأخذ شرطه فلا يأخذ إلّا رأس ماله لا يظلمون و لا يظلمون قال فى غاية المراد بعد حكاية الاحتجاج بها لمذهب الشيخ (- ره-) انّ هذه الرّواية ذكرها فى (- يب-) فى باب السّلم و هى صريحة فيها فلا دلالة فيها انتهى و ما ذكره متين لكون الخبر أجنبيّا عن النّسية بل مورده عكسها اعنى حلول الثمن و تأجيل المثمن و ليس ذلك الّا السّلف

قوله طاب ثراه لا يظهر من رواية خالد دلالته (- اه-)

قد نوقش فى رواية خالد بوجوه أحدها ضعف السّند بخالد بن الحجّاج الكرخى المجهول ثانيها عدم الانطباق على مدّعى الشيخ (- ره-) امّا أوّلا فلاختصاص مورده بالطّعام و مدّعاه أعمّ و دعوى التتميم بعدم القول بالفصل مدفوعة بنقل جماعة قولا بتخصيص الحكم بالطّعام و امّا ثانيا فلتخصيص الشّيخ (- ره-) ذلك بالعين الّتى باعها و حكم بالجواز فى غيرها و مورد الرّواية أعمّ من ذلك و امّا ثالثا فلتخصيصه المنع بالزّيادة و النّقيصة امّا بالمثل فجائز عنده و الرّواية ظاهرة فى المنع من الجميع فان قلت انّ الشيخ (- ره-) قد جمع بين هذه الرّواية و بين خبر عبيد و يعقوب المتقدّم بحمل ذلك على صورة المساواة و هذه على صورة النّقص و الزّيادة فلا

ص: ۲۱۴

اعتراض عليه بوجه قلت نعم و لكن يتّجه الاعتراض عليه (-ح-) بعدم الشّاهد على ذلك الجمع و عدم اعتبار الجمع الاقتراحى كما لا يخفى ثالثها ما فى المتن من عدم الدّلالة امّا أوّلا فلعدم التصريح فيه بانّ الطّعام الّذى عرضه المديون عليه هو طعامه الّذى باعه إيّاه و امّا ثانيا فلما أشار إليه الماتن (- ره-) من انّ كلمة لا خير فيه من أمارات الكراهة قلت بل يمكن دعوى انسياق الجواب للإرشاد بل هو الظاهر منه عند التأمّل رابعها ما فى المستند من انّ الشّهرة العظيمة قد أخرجت الخبر عن الحجّية و فيه نظر و امّا خبر عبد الصّمد فقد نوقش فيه أوّلا بالقدح فى السّند بالقسم بن محمّد و ثانيا بعدم الانطباق على مدّعاه لكون مورده (- أيضا-) الطّعام و إطلاقه عدم الجواز الشّامل للزيادة و النقيصة و المساواة و ثالثا بعدم الدلالة على مدّعاه بوجه من الوجوه لانّه عليه السّلام رخّص أوّلا فى الشراء بسعر اليوم ثمّ لمّا طمع السّائل ان يرخّص له فى أخذ طعامه الّذى دفعه اليه عينا مع انّ القيمة قد زادت و الحال انّه لا يستحقّ الّا الدّراهم فلم يرخّص له الّا ان يأخذه بسعر يومه فلا دلالة فيه على عدم الجواز حتّى إذا أخذه بسعر اليوم النّاقص أو الزّائد ممّا وقع الشّراء أولا عليه

قوله طاب ثراه على قاعدة كلّية تظهر من بعض الاخبار (- اه-)

لا يخفى عليك انّ ما أسّسه من القاعدة غير معوّل عليها لانّ علل الشّرع ليست عللا حقيقيّة و لو سلّم فالّذى يدلّ عليه الخبر هو كون البيع طعاما بطعام علّة للحكم فيسرى من مورد النصّ الى كلّ مورد يكون (- كك-) و اين ذلك من التسرية الى كل ما كان البيع شيئا بشيء و لو لم يكونا من الطّعام فلا تذهل

قوله طاب ثراه و امّا الحكم فى المستثنى (- اه-)

أراد بالحكم عدم جواز الشّراء و ذلك ممّا صرّح به جمع كثير منهم الشيخ (- ره-) و الفاضلان (- رهما-) الشّهيدان (- رهما-) و غيرهم

قوله طاب ثراه فهو المشهور (- اه-)

قلت بل فى الرّياض تارة نسبة كالحدائق إلى الأصحاب و اخرى نفى الخلاف فيه و نفى فى الكفاية العلم بالخلاف فيه و استظهر فى كشف الظّلام و محكى المفاتيح الاتّفاق عليه و يشتمله استظهار عدم الخلاف فيه و احتمال الإجماع عليه فى مجمع الفائدة و لكن مع ذلك كلّه فقد تأمّل فى الجواهر فى نفى الخلاف نظرا إلى إطلاق الجواز فى المقنعة و (- يه-) و محكى (- ير-) و الى انّه يظهر من (- مع صد-) و (- لك-) و غيرهما عدم اعتباره لاقتصارهم على نقل الاستدلال لذلك بالدّور و عدم قصد النّقل معه و ردّ الوجهين قلت لعلّه بالنّظر الى ما ذكره وصف الماتن (- ره-) عدم الجواز بالشّهرة مؤذنا بوجود الخلاف فيه لكن لا يخفى عليك انصراف إطلاق الجواز فى الكتب الثلاثة إلى صورة عدم الشّرط و عدم كون ما حكاه عن (- مع صد-) و (- لك-) خلافا فى المسألة بل منشأ ذلك عدم البناء على استقصاء الكلام فدعوى عدم العلم بالخلاف فى المسألة فى محلّه و وصف الماتن (- ره-) عدم الجواز بالشهرة لا وجه له

قوله طاب ثراه فاندفع عنه نقض جماعة ممّن تأخّر عنه (- اه-)

من جملة من نطق بذلك الشهيد (- ره-) فى غاية المراد و وجه الاندفاع ظاهر

قوله طاب ثراه و قرّر الدّور فى (- مع صد-)

هذا التقرير الطف من تقرير الشهيد (- ره-) فى غاية المراد بأنّه يلزم توقّف شرائه من المشترى على تملّك المشترى قطعا الموقوف على صحّة البيع الموقوف على حصول شرط اعنى الشّراء فيتوقّف الشيء على نفسه و هو محال انتهى و إن كان مرجعها إلى أمر واحد

قوله طاب ثراه و اخرى بالحلّ (- اه-)

ذكر هذا الجواب فى (- مع صد-) و سبعة الشهيد (- ره-) فى غاية المراد حيث قال لا نسلّم توقّف صحّة البيع على حصول شرطه بل

توقّف لزومه و لا يلزم من رفع اللّزوم رفع الصّحة لأنّه أخصّ و رفع الأخصّ أعم منّ رفع الأعمّ و العام لا يستلزم الخاصّ انتهى و ربّما أجيب بوجه أخر و هو منع توقّف تملّك المشترى على تملّك البائع بل تملّكه موقوف على العقد المتأخّر عن ملك المشترى ذكر ذلك فى (- لك-) و فيه انّ توقّف العقد المتأخّر على تملّك المشترى المتوقّف على تملّك البائع كاف فى إثبات الدّور فما ذكره (- ره-) كرّ على ما فرّ منه

قوله طاب ثراه و ثالثة بعدم جريان (- اه-)

قد أشار الى هذا الجواب فى (- الروضة-) بقوله و أوضح لتملّك المشترى ما لو جعل الشرط بيعه من البائع بعد الأجل لتخلّل ملك المشترى فيه انتهى قال فى مفتاح الكرامة معناه انّ ملك المشترى (- ح-) قد تخلّل فى طول الأجل لأنّه مع شرط البيع قبل الأجل يمكن للبائع فسخه بعد بيعه فى كلّ عام بخلاف اشتراط البيع بعد مدّة الانقطاع هذا الخيار فى أثناء المدّة من البائع و تحقّق ملك المشترى و لزومه فيه و هذا الشّرط يجعل العقد جائزا بعدم اللّزوم ثمّ قال استضعافا لهذا الجواب و سابقة ما لفظه و ما ألزموه به وجيه لكنّه إن كان يذهب الى انّ الشّرط فى العقد و البيع بالشرط يتوقّف صحّة البيع عليه لا لزومه و يقول باللّزوم فى المواضع المذكورة بالإجماع و غيره لم يكونوا أنصفوه فيما أوردوه و الّا فما كان ذلك ليخفى على مثل العلّامة (- ره-) فليتأمّل و هذا منهم (- أيضا-) مبنىّ على عدم القول بلزوم العقد المشروط فيه و إلزام المشروط عليه بالشرط كما هو مذهب جماعة منهم الشهيد الثّانى (- ره-) و مع القول به فدفع الدّور واضح لانّه (- ح-) لا يتوقّف ملكيّة له على بيعه (- أيضا-) هذا (- فت-)

قوله طاب ثراه بانّ الفرض حصول القصد الى النّقل (- اه-)

توضيحه ما فى (- الروضة-) من انّ الفرض حصول القصد الى ملك المشترى و انّما رتّب عليه نقله ثانيا بل شرط النّقل ثانيا يستلزم القصد الى النّقل الأوّل لتوقّفه عليه و لاتّفاقهم على انّهما لو لم يشترطا ذلك فى العقد صحّ و ان كان من قصدهما ردّه مع انّ العقد يتبع القصد و المصحّح له ما ذكرناه من انّ قصد ردّه بعد ملك المشترى له غير مناف لقصد البيع بوجه و انّما المانع عدم القصد الى نقل الملك إلى المشترى أصلا بحيث لا يترتّب عليه حكم الملك انتهى

قوله طاب ثراه و استدلّ عليه فى (- ئق-) (- اه-)

قد سبق فى ذلك صاحب الكفاية و هما قد استدلّا بخبر علىّ بن جعفر المتقدّم (- أيضا-) و لعلّه سقط من قلم الماتن (- ره-) كما يشهد له تعرّضه له فى مقام الجواب بقوله و امّا رواية علىّ بن جعفر فهى أظهر فى اختصاص الحكم بالشراء الثانى (- إلخ-) و ربّما وقع الاستدلال فى كلماتهم بوجهين اخرين أحدهما ما فى مفتاح الكرامة و كشف الظّلام من التعلّق بإجماع الطّائفة و هو حجّة على من حصّله ثانيهما انّ الشرط المذكور فاسد لكونه مخالفا لمقتضى العقد و هو السّلطنة على البيع و تركه و الشرط الفاسد مفسد للعقد و فيه منع صغرى و كبرى أمّا الأولى فلمنع المنافاة لمقتضى العقد لان ذلك ليس سلبا للسّلطنة بل نفس اشتراط البيع تقرير للسّلطنة و إتقان لها كاشتراط عتق المملوك و امّا الثانية فلمّا مرّ تحقيقه فى باب الشّروط من انّ الأظهر عدم فساد العقد بفساد الشّرط

قوله طاب ثراه و قد يرد دلالتها (- اه-)

قلت الرادّ هو صاحب الجواهر (- ره-) و العجب من مناقشة بعضهم فى سندها (- أيضا-) مع انّ رجال السّند الى الحسين ثقاة و حسين حسن مضافا الى الاعتضاد بالشّهرة العظيمة و الإجماع المنقول

قوله طاب ثراه و فيه ما لا يخفى (- اه-)

(۱۱) قد خفى ذلك علىّ و لم افهم وجه تأمّله فى الجواب بعد عدم صراحة البأس فى الحرمة فضلا عن الفساد و قد اعترف هو (- ره-) غير مرّة بانّ البأس فى الاخبار أعمّ من الحرمة و الكراهة و انّه انّما يتعيّن لأحدهما بالقرينة مع انّه لو سلّم دلالته على الحرمة فهى أعمّ من الفساد بل لعلّ قول السّائل أ يحلّ قرينة على كون المراد الحرمة لا الفساد فما تسمع منه (- قدّه-) من دعوى انّ الحرمة المستفادة من الباس ليس إلّا الحرمة الوضعيّة كما ترى (- فت-)

ص: ۲۱۵

جیّدا

قوله طاب ثراه و قد ترد (- أیضا-) بتضمّنها (- اه-)

هذا الرّاد (- أیضا-) هو صاحب الجواهر (- ره-)

قوله طاب ثراه و قد یرد (- أیضا-) بانّ المستفاد من المفهوم (- اه-)

هذا الرد (- أیضا-) من صاحب الجواهر و له (- قدّه-) و ردّ رابع و هو انّ ظاهر خبر علیّ بن جعفر هو اشتراط البیع بنقیصة بل لعلّه المراد من خبر ابن المنذر فالتّعدیة إلی المساوی و الزائد تحتاج الی دلیل و ثبوت إجماع معتدّ به هنا علی عدم الفصل محلّ منع إذ لم یحک عن احد التعرّض لأصل الشرط المزبور قبل (- المصنف-) (- ره-) الّا عن (- ظ-) خاصّة فی باب المرابحة و لعلّه لذلک و غیره أومأ أوّل الشهیدین (- رهما-) الی التردّد فی ذلک فی المحکی من غایة المراد بقوله إن کان فی المسئلة إجماع فلا بحث ثمَّ قال انّ المتّجه بناء علی العمل بالنّصوص المزبورة الجمود علیها فلا یتعدّی لغیر البیع من العقود و لا له إذا کان الثمن عینا فی وجه أو کان الشرط بیعه من غیر البائع أو نقله الیه لغیر البیع و لا لاشتراطه فی عقد أخر و نحو ذلک ممّا لا دلالة فیها علیه کی یتجه تخصیص عموم أدلّة الشروط بها و دعوی التنقیح مع عدم المنقّح کما تری بل لو لا مخافة المخالفة لإجماع الأصحاب لأمکن حمل هذه النّصوص علی الإثم بالاشتراط کما عرفت أو علی ارادة مع شرط البیع بنقیصة لانّه کالحیلة فی تربیة الدّراهم أو غیر ذلک انتهی قلت أو علی الإرشاد إلی أداء الاشتراط الی وقوع البیع قهرا لا عن طیب النّفس و الرّضا و بالجملة فالاعتماد فی الحکم المخالف لعمومات البیع و التّجارة و العقود و الشروط علی مثل ذلک الخبر الغیر الظّاهر فی البطلان جرئة عظیمة

قوله طاب ثراه و فیه انّ الحرمة المستفادة (- اه-)

قد عرفت آنفا ما فیه و انّ الباس لا دلالة فیه علی البطلان

قوله طاب ثراه و امّا لکونه فاسدا غیر مفسد

لا یخفی علیک انّ مقتضی قواعد العربیّة عطف العبارة بأو إذ لم یسبق کلمة امّا فی المعطوف علیه و هو قوله لعدم ذکر الشرط فی العقد

القول فی القبض

اشارة

قوله طاب ثراه و هو لغة الأخذ (- مط-) أو بالید أو بجمیع الکفّ علی اختلاف عبارات أهل اللّغة

أقول قد نطق بالأوّل کلام الجوهری حیث قال فی الصّحاح قبضت الشیء قبضا أخذته و القبض خلاف البسط و یقال صار الشیء فی قبضک و قبضتک أی فی ملکک الی ان قال القبضة بالضمّ ما قبضت علیه من شیء یقال أعطاه قبضة من سویق أو تمر ای کفی منه انتهی و مثله ما فی المصباح المنیر من قوله قبضت الشیء قبضا أخذته و هو فی قبضته ای ملکه الی ان قال و قبض علیه بیده ضمّ علیه أصابعه انتهی و نطق بالثّانی عبارة الفیروزآبادی علی ما استفاده منها محبّ الدّین فی تاج العروس حیث قال مازجا بالقاموس ما لفظه قبضه بیده یقبضه تناوله بیده ملامسة کما فی العباب و هو أخصّ من قول الجوهری قبضت الشیء قبضا أخذته و یقرب منه قول اللّیث القبض جمع الکفّ علی الشیء و قیل القبض الأخذ بأطراف الأنامل و هذا نقله شیخنا و هو تصحیف و الصّواب انّ الأخذ بأطراف الأنامل هو القبص بالصّاد المهملة انتهی ما فی التّاج و نطق بالثالث کلام ابن الأثیر حیث قال فی نهایته القبض الأخذ بجمیع الکف انتهی و أقول قد یقال انّ کلام من أطلق القبض فی الأخذ یرجع الی دعوی العلم باستعماله فی مطلق الأخذ و التقیید یرجع الی نفی

العلم بالاستعمال فى الأخذ بغير اليد فيقدّم قول مدّعى العلم على نافى العلم و قد يجاب بإرجاع الإطلاق إلى العلم باستعماله فى المطلق و التقييد الى العلم بعدم كونه حقيقة إلّا فى الأخذ باليد و مطلق الاستعمال أعمّ من الحقيقة و المجاز فيقدّم قول من قيّد و التحقيق انّ القبض فى اللّغة بمعنى مطلق الأخذ و انّ التقييد باليد و الكفّ بالنّظر الى غالب استعمالاته و قول الجوهرى الّذى هو أضبط كاف فى تأييد ما قلناه و استفاده محبّ الدّين التقييد بكونه باليد من عبارة ضرورة انه لو كان الكون باليد مأخوذا فى معنى القبض لكان يقول قبضه يقبضه تناوله بيده فقوله قبضه بيده تناوله بيده صريح فى انّ الكون باليد غير مأخوذ فى مفهوم القبض فلا مخالفة بين كلامه و كلام الجوهرى و لا أخصيّته كما زعمه الشارح فلا تذهل

[مسألة القول فى ماهية القبض و بيان حقيقته]

اشارة

قوله طاب ثراه بعد اتفاقهم على انّها التخلية فى غير المنقول (- اه-)

قد ادّعى الإجماع على انّ القبض فيما لا ينقل كالعقار و الأراضى و البساتين و المزارع و نحوها هو التخلية فى الغنية و التنقيح و الرّياض و محكى كشف الرموز و ظاهر (- ف-) و فى محكى مجمع الفائدة انّه لا يبعد عدم النّزاع فى الاكتفاء بالتخلية فيما لا ينقل خصوصا فى سقوط الضّمان و يأتى بيان المراد بالتخلية عند اشارة الماتن (- ره-) الى تفسيرها عن قريب (- إن شاء الله-) (- تعالى-)

قوله طاب ثراه صرّح به المحقّق فى (- يع-) (- اه-)

قد صرّح به فى (- فع-) (- أيضا-) و عزاه فى (- لف-) الى القيل و فى (- عد-) إلى رأى

قوله طاب ثراه و عن التنقيح نسبته الى (- ط-) (- اه-)

قد خطأه فى نسبة ذلك الى (- ط-) سيّدنا فى مفتاح الكرامة نظرا إلى عبارة (- ط-) الاتية و لكن فى الخطاء نظر لاحتمال انّ الفاضل المقداد عثر على ما عزاه إليه فى مقام أخر من (- ط-) و على ايّ حال فقد احتجّ لهذا القول بوجوه الأوّل ما فى التنقيح من انّه استعمل فى التخلية إجماعا فيما لا ينقل و لا يحوّل فيجب ان يكون (- كك-) فى غيره و يكون حقيقة فى هذا المعنى إذ لو استعمل فى المنقول بمعنى أخر لكان امّا حقيقة فيهما فيلزم الاشتراك أو مجازا فى الأخر فيلزم المجاز و كلاهما على خلاف الأصل و اليه يرجع ما فى محكى كشف الرّموز من انّ لفظ القبض فى اللّغة هو الأخذ باليد و نقل فى الشرع إلى التخلية فى العقارات و الأرضين إجماعا و فى غيره خلاف فتنزيله على الحقيقة الشرعيّة أرجح لأنّ اللّفظ إذا دار بين الحقيقة اللّغويّة و الشرعيّة فالترجيح لطرف الشرع انتهى و ردّ بانا لا نسلّم انّه نقل فى الشّرع إلى التخلية فى غير المنقول بل هى فيه ممّا توافقت عليها الحقائق الثلاثة إذ وضع اليد على الكلّ متعسّر بل متعذّر و كون البعض كافيا و قبضا عرفا غير ظاهر و لا يمكن غير الوضع سلّمنا و لكن معيار الحقيقة الشرعيّة هو ان يكون معروفا عند المتشرّعة بذلك المعنى لا ما إذا كان الأمر بالعكس قلت لعمرى انّى لأقضى العجب من كلام كاشف الرّموز فإنّه قد اعترف بانّ القبض فى اللّغة هو الأخذ باليد و ادّعى انّ موضع النّقل عنه شرعا هو العقار و الأرضون و لازم ذلك الرّجوع فى غير مورد النّقل الى المعنى اللّغوى و الحقيقة الشرعيّة و إن كانت مقدّمة على اللّغويّة الّا انّ الحقيقة الشرعيّة هنا فى غير العقار غير موجودة كى تعارض الحقيقة العرفيّة و تترجّح عليها فقوله اللّفظ إذا دار بين الحقيقة اللّغويّة و الشرعيّة فالترجيح لطرف الشرع مسلّم لكن لا حقيقة شرعيّة هنا كما لا يخفى الثانى أصالة البراءة بالنّسبة إلى ضمان البائع المبيع و العمومات بالنّسبة إلى التقابض و أنت خبير بانّ استصحاب الضمان الى ان يحصل اليقين بوجود سبب الارتفاع حاكم على أصالة البراءة و التمسّك بالعمومات فى تميز الشّبهات المصداقيّة محلّ كلام الثّالث ما فى مفتاح الكرامة من انّ الإقباض و التقبيض و القبض و التسليم الواجب على البائع ليس هو النّقل الّذى هو فعل المشترى و لا وضع اليد و القبض بها لانّ ذلك فعل المشترى فلا معنى لإيجابه على البائع إذ لا يجب عليه على الظّاهر ان يأخذ بيد المشترى و

یضعها علی المبیع و لا یجب علیه کیله إن کان مکیلا و قد کان کاله بحضوره و علمه و انّما تجب علیه التّخلیة و هی رفع یده عنه و الاذن له فی القبض مع عدم

ص: ۲۱۶

المانع بحيث يسهل عليه قبضه بسرعة عرفا فكانت هى المعتبرة فى سقوط الضّمان عن البائع (- مط-) و ذلك هو الّذى ينبغى ان يعقل و لا ينبغى ان يكون محلّ النزاع كما هو الشّأن فى سائر الحقوق و قد صرّحوا بانّ الغاصب إذا وضع المغصوب عند المالك بحيث يسهل عليه تناوله تبرء ذمّته و (- كك-) الحال فى المواريث و سائر الأموال المشتركة بعد قسمتها و تمكين صاحبها منها و رفع المانع عنها بل قيل انّ ذلك جار فى الدّيون الى ان قال بل صرّحوا فى هذا المقام (- أيضا-) انّه جعل أمر المبيع اليه و مكّنه منه فلم يأخذه لا ضمان عليه أى البائع الى ان قال و قد يستشهد له بقولهم فى باب الغصب بتحقّق إثبات اليد و الغصب فى الدابّة بركوبها و هى واقفة و الفراش بالجلوس عليه من دون نقل كما أيّده بذلك الشّهيد (- ره-) فى حواشيه و قال المحقّق الثانى (- ره-) لا ينحصر ذلك فى الدابّة و الفراش و لا يبعد ان يكون الاستيلاء فى كلّ شىء بحسبه و هو الظّاهر من غصب (- كرة-) انتهى و أقول انّ ما ذكره انما ينفع على فرض التماميّة فى جريان الأحكام المترتّبة على قبض البائع على التّخلية و لا مساس لذلك بإثبات كون القبض كلّية هو التّخلية ليترتّب عليها جميع احكام القبض حتّى المتوقّف منها على فعل المشترى كما هو المدّعى فالدّليل على فرض تماميّة أخصّ من المدّعى كما هو واضح

قوله طاب ثراه الثّانى انّه فى المنقول النّقل (- اه-)

هذا هو الّذى عزاه فى (- عد-) إلى راى و فى مفتاح الكرامة إلى المحقّق الثانى (- ره-) فى (- مع صد-) و استقربه الشيخ فخر الدّين (- ره-) فى الإيضاح حاكيا له عن بعض متقدمى الأصحاب تارة و عن والده فى (- لف-) اخرى و سيظهر لك انّ قول والده فى (- لف-) غير ما عزاه اليه و ربّما استظهر فى مفتاح الكرامة من الإيضاح نسبة ذلك الى (- ط-) و القاضى و ابن حمزة ثمّ خطّائه فى ذلك و من لاحظ الإيضاح و علم جعله قول الشيخ (- ره-) و من تبعه قسيما للقول المذكور ظهر له انّ الاشتباه من قلم المستظهر فكيف كان فحجّة هذا القول أمور الأوّل قضاء العرف بذلك و من عادة الشّرع ردّ النّاس الى ما يتعارفونه من الاصطلاحات فيما لا ينصّ على مقصوده باللّفظ تمسّك به فى (- لف-) للقول الّذى اختاره و ولده لما اختار القول الثّانى و ظنّ موافقة والده فى (- لف-) له احتجّ بما احتجّ به و أنت خبير بما فى قضاء العرف بذلك من النّظر الثّانى استصحاب عدم ترتّب آثار القبض ما لم يحصل النّقل فى المنقول و الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون قلت هذا حسن ان لم تتمّ شهادة العرف بحصول القبض بدون النّقل و الكيل و الوزن و الّا كان ذلك رافعا للشكّ المأخوذ فى موضوع الاستصحاب الثالث خبر ان استدلّ بكلّ منهما على جزء من المدّعى فاستدلّ على اعتبار النّقل فى المنقول بما رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن محمّد بن يحيى عن محمّد بن الحسين عن محمّد بن عبد اللّه بن هلال عن عقبة بن خالد عن ابى عبد اللّه عليه السّلام فى رجل اشترى متاعا من رجل و أوجبه غير انّه ترك المتاع عنده و لم يقبضه قال أتيتك غدا (- إن شاء الله-) (- تعالى-) فسرق المتاع من مال من يكون قال من مال صاحب المتاع الّذى هو فى بيته حتّى يقبض المتاع و يخرجه من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمتاع ضامن لحقّه حتّى يردّ ماله اليه قال فى (- لف-) فى تقريب الاستدلال انّه عليه السّلام جعل النّقل قبضا لانّه علّل زوال الضّمان به و لا خلاف فى انّه معلّل بالقبض فكان هو القبض انتهى و استدلّ على اعتبار الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون بالصّحيح الّذى رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن علىّ بن النّعمان عن معاوية بن وهب قال سألت أبا عبد اللّه عليه السّلام عن الرّجل يبيع البيع قبل ان يقبضه فقال ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتّى تكيله أو تزنه الّا ان تولّيه الذى قام عليه و التّقريب على ما فى (- لف-) انّه جعل عليه السّلام الكيل و الوزن قبضا للإجماع على تسويغ بيع الطّعام بعد قبضه و الجواب امّا عن الخبر الأوّل فأوّلا بضعف السّند مع عدم الجابر و ثانيا بأن غاية ما يدلّ عليه الخبر انّه يعتبر فى انتقال الضّمان من البائع إلى المشترى نقل المتاع و إخراجه من بيت البائع و ليس فيه تفسير القبض بأنّه عبارة عمّا ذا ليكون هو المدار فى أحكام القبض مع انّ ظاهر الخبر ممّا لا يقول به احد من اعتبار الإخراج من البيت فى انتقال ضمان المبيع من البائع إلى المشترى فان قلت انّ الإخراج من البيت فى الرّواية نظير الإخراج من اليد كناية عن رفع اليد و التخلية للمشترى حتّى لا يبقى من مقدّمات الوصول إلى المشترى إلّا ما هو

من فعله قلت علی ما ذکرت (- أیضا-) لا تدلّ الرّوایة علی کون القبض هو النّقل بل لازم ما ذکرت کونه التخلیة و رفع الموانع من استیلاء المشتری علیه فان قلت انّ الإجماع منعقد علی ارتفاع الضّمان عن البائع بالقبض و عدم ارتفاعه بغیره فلو لم یکن نقله قبضا و قبضه نقله لما توقّف انتقال الضّمان إلی المشتری علی ذلک فی الرّوایة غایة ما هناک صرف الإخراج عن البیت إلی إرادة إخراجه عن الید و الاستیلاء دون النّقل قلت هذا اعتراف منک بدلالة الرّوایة علی کفایة إخراج البائع المبیع عن یده و لا نعنی بالتّخلیة إلّا ذلک و امّا عن الخبر الثّانی فهو انّ غایة ما یدلّ علیه انّ البیع قبل القبض لا یجوز حتّی یکیله أو یزنه و هو لا یستلزم کون القبض ذلک بشیء من الدّلالات الثلث فان قلت نستفید ذلک بضمیمة ملاحظة السؤال قلنا انّه ای مانع من ان یسئل السّائل عن انّه هل یجوز البیع قبل القبض فیجب علیه السّلام بأنّه لا یجوز بدون الکیل بل لا بدّ من الکیل الذی یتحقّق فی ضمنه القبض و لا بدّ من القبض و شیء أخر فإن قلت ان منشأ الدلالة

فیه انعقاد الإجماع علی مرجوحیّة البیع قبل القبض و ان اختلفوا فی انّه علی الکراهة أو التّحریم مع ظهور الصحیح فی عدم المرجوحیّة (- مط-) فی البیع و ما ذلک الّا لکون الکیل أو الوزن قبضا فیکون نفس الإجماع المذکور شاهدا علی الدّلالة و ما قد یتوهّم من انّه لعلّه کما ترتفع المرجوحیّة بالقبض فکذا ترتفع بالکیل و الوزن عملا بالرّوایة فی الثانی مدفوع أمّا أوّلا فبأنّ ظاهر مطابقة الجواب للسّؤال تعیّن ان یکون هذا قبضا و المنکر مکابر و امّا ثانیا فلأنّه لو کان غیر القبض یقوم مقامه و لیس منه لتبّهوا علیه فسکوت الکلّ منه قاض بأنّهم ما فهموا من الرّوایة إلّا کون الکیل قبضا قلنا انّ مرجوحیّة البیع قبل القبض لا تستلزم ما ذکره بعد کون الکیل أعمّ من القبض فاذا حصل الکیل فقد حصل القبض و زیادة فلا یبقی سبب للمرجوحیّة لا أقول ان المرجوحیّة ترتفع بالکیل تعبّدا للخبر المذکور بل لحصول القبض و هو التّخلیة فی ضمن الکیل و مطابقة الجواب للسّؤال لا تقتضی کون الکیل قبضا کما ادّعاه بل تدلّ علی کفایة الکیل و ذلک کما یمکن ان یکون لأجل کون الکیل قبضا یمکن ان یکون لکونه قبضا و زیادة کما هو واضح

قوله طاب ثراه الثالث ما فی (- س-) (- اه-)

حجّة هذا القول امّا علی اعتبار النّقل فی الحیوان و الوضع فی الید فی الثوب فالعرف امّا علی اعتبار الکیل و الوزن و العد فیما یعتبر فی بیعه ذلک فصحیحة معاویة المزبورة مع إلحاق المعدود بالمکیل و الموزون نظرا إلی إلحاقه بهما فی عدم صحّة بیعه بالمشاهدة و انّه لا بدّ من اعتباره لعدم القول هناک بالفرق أصلا کما فی (- لک-) و غیره و الجواب منع قضاء العرف بالفرق بین الحیوان و غیره و منع دلالة الصّحیحة علیه کما مرّ و منع الإلحاق لکونه قیاسا

قوله طاب ثراه و عن (- ف-)

قال فی

ص: ۲۱۷

(- ف-) القبض فیما عدی العقار و الأرضین نقل المبیع الی مکان أخر و به قال الشافعی و قال أبو حنیفهٔ القبض هو التخلیهٔ فی جمیع الأشیاء انتهی و فی (- الروضهٔ-) انّ هذا القول أجود الأقوال قلت و حجّته أمور الأول ما تمسّک به فی (- ف-) بقوله متّصلا بعبارته المذکورهٔ دلیلنا انّ ما اعتبرناه لا- خلاف انّه قبض و ما ادّعوه لا دلیل علی ثبوته قبضا انتهی قلت لعل مراده التعلّق باستصحاب عدم حصول القبض ما لم ینقل و استصحاب عدم ترتّب احکام القبض ما لم یحصل الیقین بحصول القبض بالنّقل و قد نبّهنا آنفا علی جوابه و انّه انّما ینفع لو لم یثبت کون القبض حاصلا بما دون النّقل الثانی ما فی الغنیهٔ من إجماع الفرقهٔ حیث قال و القبض فیما لا یمکن نقله التخلیهٔ و رفع الخطر و کذا حکم ما یمکن ذلک فیه ممّا یتّصل بها من الشجر و ثمره المتّصل به و البناء و فیما عدی ذلک التحویل و النّقل کلّ ذلک بدلیل إجماع الطائفهٔ انتهی و حجّیته مقصورهٔ علی مدّعیه الثّالث ما فی (- الروضهٔ-) من قضاء العرف بذلک حیث قال مازجا باللّمعهٔ و القبض فی المنقول کالحیوان و الأقمشهٔ و المکیل و الموزون و المعدود نقله و فی غیره التّخلیهٔ بینه و بینه بعد رفع الید عنه و انّما کان القبض مختلفا (- کک-) لانّ الشارع لم یحدّه فیرجع فیه الی العرف و هو دلیل علی ما ذکر انتهی و أقول انّ النّقل و إن کان موجبا لصدق القبض عرفا الّا انّ مجرّد ذلک لا یجدی فی إتمام مطلوبه بل علیه إثبات عدم حصول القبض عرفا بما دون النّقل و انّی له ذلک فانا نری بالوجدان صدق القبض عرفا بما دون النّقل کالأخذ بالید و نحوه کما لا یخفی

قوله طاب ثراه الخامس ما فی (- ط-) (- اه-)

قال فی (- ط-) ما لفظه و کیفیّهٔ القبض ینظر فی المبیع فإن کان ممّا لا- ینقل و لا یحوّل فالقبض فیه التخلیهٔ و ذلک مثل العقار و الأرضین و إن کان ممّا ینقل و لا یحوّل فإن کان مثل الدّراهم و الدّنانیر و الجوهر و ما یتناول بالید فالقبض فیه هو التّناول و إن کان مثل الحیوان کالعبد و البهیمهٔ فإنّ القبض فی البهیمهٔ ان یمشی بها الی مکان أخر و فی العبد ان یقیمه الی مکان و إن کان اشتراه جزافا کان القبض فیه ان ینقله من مکانه و ان اشتراه مکایلهٔ فالقبض فیه ان یکیله انتهی و قد حکی هذا القول عن القاضی (- أیضا-) و اختاره فی (- شاد-) و التنقیح و المهذّب البارع و محکی (- یر-) و موضع من (- کرهٔ-) بل فی المهذّب البارع و محکی غایهٔ المرام و إیضاح (- فع-) و المقتصر انّه المشهور بین الأصحاب و أنت خبیر بما فی دعوی الشهرهٔ فی مثل هذه المسئلهٔ الشهیرهٔ بالخلاف و الإعضال من قدیم الدّهر مع تشتت الأقوال من سابق العصر و کیف کان فحجّهٔ هذا القول قضاء العرف بذلک و کلّ لفظ فی الخطابات لم یعلم فیه مراد الشّارع فالمرجع فیه العرف لانّه تعالی لم یرسل رسولا الّا بلسان قومه تمسّک بذلک و بالشهرهٔ فی المهذّب البارع و الشهرهٔ ممنوعهٔ و انطباق العرف علی مدّعاهم باعتبار التناول فی قبض ما یتناول و النّقل فی قبض ما یحوّل و الکیل و الوزن فی المکیل و الموزون ممنوع

قوله طاب ثراه و زاد فی الوسیلهٔ (- اه-)

قال فی الوسیلهٔ القبض یختلف باختلاف المبیع فقبض ما یمکن تناوله بالید التناول و قبض الحیوان الاستیاق الی مکان أخر و قبض الممالیک إقامتها فی موضع أخر و قبض المکیل و الموزون الکیل و الوزن و المعدود العد و ما بیع جزافا فالنّقل و قبض الأرضین و العقارات التخلیهٔ بین المتاع و بینها انتهی

قوله طاب ثراه و نسب عبارهٔ (- یع-) (- اه-)

ای عبارته فی نقل هذا القول و نسبته الی القیل و النّاسب هو ابن فهد و غیره ممّن سمعت

قوله طاب ثراه السّابع ما فی (- لف-) (- اه-)

ربّما حکی هذا القول عن المحقّق الثانی فی تعلیق (- شاد-) و حجّته هی ما تقدّم حجّهٔ للقول الثانی حرفا بحرف و أنت خبیر بکون ذلک أخصّ من مدّعاه لانّه اکتفی فی المنقول بالنّقل و الأخذ بالید فیبقی اکتفائه بالأخذ بالید غیر مشمول للدّلیل فکان علیه إتمام حجّته بالتعلّق فی کفایهٔ الأخذ بالید بقضاء العرف بذلک

قوله طاب ثراه الثامن انّها التّخلیة (- اه-)

حجّة هذا القول امّا علی کون القبض بالنّسبة إلی انتقال الضّمان إلی المشتری التخلیة فالوجه الثالث من أدلّة القول الأوّل و امّا علی عدم کونه بالنّسبة إلی النّهی عن بیع ما لم یقبض فاستصحاب المنع الی ان یحصل الیقین بالجواز بالنّقل أو استیلاء الید أو نحو ذلک ثمّ انّ هناک قولین اخرین لم ینقلهما الماتن (- ره-) أحدهما انّه فی غیر المکیل و الموزون الاستقلال و الاستیلاء علیه بالید و فیهما الکیل و الوزن قوّاه فی (- لک-) و حجّته تظهر بنقل کلامه قال (- ره-) و الأجود الرّجوع فی معناه الی العرف فی غیر المنصوص و هو المکیل و الموزون لأنّ القاعدة ردّ مثل ذلک الیه حیث لم یرد له تحدید شرعی و العرف یدلّ علی انّ إقباض غیر المنقول یتحقّق بالتّخلیة مع رفع ید البائع عنه و عدم مانع للمشتری من قبضه و امّا فی المنقول فلا یتحقّق الّا باستقلال ید المشتری به سواء نقله أم لا و کذا فی طرف البائع بالنّسبة إلی المثمن و هذا مطّرد فی المکیل و الموزون و غیرهما إلّا أنّهما خرجا عنه بالنصّ الصحیح فیبقی الباقی و هذا هو الأقوی انتهی و أنت قد عرفت ما فی دلالة الصّحیح من المناقشة بل المنع الظّاهر ثانیهما انّه لا یفسّر بشیء بل یرجع فی کلّ شیء إلی العرف اختاره الفاضل الکاشانی فی المفاتیح و حجّته انّ لفظ القبض من الموضوعات المستنبطة و لا ریب فی انّ المرجع فیها هو العرف و لا یخفی علیک انّ ما ذکره و إن کان حقّا الّا انّ مرجعه الی التوقف فی المسئلة ضرورة انّ کون المرجع فیها هو العرف و اللّغة ممّا لا یخفی علی احد و انّما النزاع فی تمیز العرف و تشخیصه لیکون مرجعا فی الفروع و منجیا من الإشکال و الّذی ینبغی ان (- یق-) هو انّه لا ریب و لا إشکال فی کون القبض موضوعا لجملة من الأحکام الشّرعیّة و المسائل الفرعیّة کانتقال ضمان المبیع إلی المشتری به ان لم یکن له خیار و کون الضّمان قبله علی البائع و جواز بیع ما اشتراه بعد القبض (- مط-) و تحریمه أو کراهته علی بعض الوجوه قبله و امتناع فسخ البائع بتأخیر الثمن و تشخیص ما فی الذمّة و غیر ذلک من احکام البیع و الرّهن و الصّدقة و الهبة و النّذر و غیر ذلک ممّا یقف علیه الخبیر المتدرّب فی الفقه و من البیّن اللّائح انّ المرجع فی الألفاظ الدائر مدارها الحکم هو العرف و اللّغة و اللّغة فقط انّ فقد العرف أو اضطرب لانّ اللّه تعالی لم یرسل رسولا الّا بلسان قومه و اصطلاح أمّته الّا ان یکون له اصطلاح خاصّ و الفرض هنا عدمه و قد سمعت من أهل اللّغة التّصریح بانّ القبض هو الأخذ کما عرفت خطاء من زعم تقیّد القبض بکونه بالید فاذا کان القبض من القابض الأخذ کان الإقباض عبارة عن الإعطاء و إیجاد مقدّمات الأخذ برفع الید عنه و الاذن فی الأخذ مع عدم المانع بحیث یسهل علیه قبضه بسرعة عرفا فالاقباض فی کلّ شیء هو رفع الید و الإذن فی الأخذ مع عدم المانع و (- ح-) فیکون تخلیته فی غیر المنقولات و الإذن للمشتری فی التصرّف إقباضا و تصرّف المشتری و لو بأخذ مفتاح الدار قبضا و رفع الید عن غیر المنقول و الإذن فی الأخذ إقباضا و ادنی التصرّف قبضا و هکذا فی الدابّة و غیرها رفع الید بفکّها من القید اقباض و التصرّف أخذ و بالجملة فالاقباض عبارة عن الإعطاء و القبض عبارة عن الأخذ و الإعطاء و الأخذ من المفاهیم الواضحة عند أهل التّحاور فما ترتّب علی الإقباض من الأحکام یترتّب علی ما صدق

ص: ۲۱۸

علیه عرفا أخذ الشیء و ما یترتّب علی القبض یترتّب علی ما صدق علیه الأخذ عرفا من غیر اعتبار الکون بالید فی شیء منهما و علی ذلک یساعد العرف (- أیضا-) عند إمعان النّظر و إنعام الفکر ثمّ انّ ما حرّرناه و افدناه أوضح و اجلی ممّا افاده شیخنا و مولانا العلّام فی جواهر الکلام و إن کان ما سطره (- أیضا-) من غوالی اللّئالی قال الّذی فی النّفس انّ المراد به فی جمیع المقامات التی اعتبره الشارع فی صحّتها أو لزومها أو غیرهما من الأحکام تحویل السّلطنة العرفیّة من المنقول منه الی المنقول الیه سواء حصل له السّلطنة الشرعیّة قبله بالعقد کما فی البیع و نحوه أو لا کالوقف و الهبة و نحوهما و لا ریب فی حصولهما بالتّخلیة فی عین المنقول بمعنی رفع المنافیات للمنقول الیه مع رفع ید النّاقل و الإذن منه ضرورة صیرورته بذلک کالنّاقل فی قبضه لعقاره و لا یحتاج (- ح-) وصول المنقول الیه بنفسه أو وکیله الی المنقول أو تصرّفه فیه بل لا یحتاج الی مضیّ زمان و إن کان بعیدا عن المنقول الیه لصدقها بدونه قطعا کصدق دخوله فی قبضته و استیلائه و تحت یده بذلک کالمنقول منه و لیس الإذن المزبور لتوقّف جواز قبض المشتری للمبیع علیها کی یرد بأنّه لا دلیل علیه بعد ان ملکه بالعقد بل لتوقّف تحقّق التّخلیة المعتبرة فی حصول السّلطنة العرفیّة فی مثله علیها و الّا فالأقوی عدم اعتبار الإذن فیما کان قبضه بغیر التخلیة حیث لا یکون له الحبس لیسلم الثمن أو المثمن نعم هی معتبرة حیث یکون له ذلک علی الوجه الذی عرفته سابقا و کذا لا ریب فی حصولها فی المنقول بالاستیلاء علی العین استیلاء یستطیع به النّقل و الأخذ و غیرهما من أحوال المالک من غیر حاجة الی وقوع ذلک منه فعلا ضرورة صدق تحقّق المراد من القبض بطرح العین بین یدی المنقول الیه علی وجه یتمکّن من الفعل فیها کیف یشاء نقلا و أخذا و نحوهما إذ لیست أمواله التی بیده و یصدق علیها انّها مقبوضة له و تحت قبضته و فی یده الّا (- کک-) من غیر حاجة الی المماسة و التصرّف الحسیّین و لیس ذلک کالتّخلیة المزبورة فی غیر المنقول إذ من الواضح الفرق بین تحقّق السّلطتین عرفا فی ذلک فإن أراد القائل بالتخلیة (- مط-) ما یشمل ذلک بدعوی انّها فی المنقول غیرها فی غیره فمرحبا بالوفاق هذا ما أهمّنا من کلامه زید فی إعلاء مقامه بقی هنا أمور ینبغی التعرّض لها لعدم تنبیه الماتن (- ره-) علیها الأوّل انه لو کان المبیع بید المشتری قبل البیع فهل یتوقّف تحقّق القبض علی تجدید الإذن أم لا وجوه أحدها التوقّف (- مط-) نظرا الی انّ تحقّق القبض (- ح-) ممّا لا بدّ له من سبب من تخلیة أو تسلیم أو نحو ذلک و الکل حاصل فانحصر السّبب فی الإذن الجدید و فیه ما عرفت من عدم توقّف القبض و لا التخلیة علی الإذن بالمعنی المصطلح و انّما یتوقّف علی الأعلام حیث لا یکون المشتری عالما بالخلوّ فاذا کان فی یده انتفی موضوع الأعلام و الأصل عدم اشتراط الاذن بالمعنی المصطلح ثانیها عدم التوقّف (- مط-) نظرا الی انّ القبض و التخلیة حاصلان قبل العقد و تحصیل الحاصل محال و کون التصرّف السّابق علی العقد غیر مشروع فی صورة کون القبض بغیر اذن لا یخرجه عن کونه قبضا غایة ما هناک انّه قبل العقد کان قبضا محرّما فیتحقق الملکیّة عاد مباحا و ذلک حکم تکلیفی لا ربط له بالحکم الوضعی ثالثها التفصیل بین ما لو کان القبض السّابق علی البیع بإذنه و بین ما لو کان بغیر اذنه بالتوقّف علی الإذن الجدید فی الثّانی دون الأوّل احتمل ذلک فی (- لک-) حیث قال لو کان المبیع بید المشتری قبل الابتیاع فإن کان بغیر اذن البائع فلا بدّ من تجدید الاذن فی تحقّقه بالنّسبة إلی دفع التحریم أو الکراهة و امّا بالنّسبة إلی نقل الضّمان فیحتمل قویّا تحقّقه بدونه کما لو قبضه بعده بغیر اذن البائع و یحتمل توقّف الأمرین علی تجدیده لفساد الأوّل شرعا فلا یترتّب علیه اثر و لو کان بإذنه کالودیعة و العاریة لم یفتقر الی تجدید اذن و لا تخلیة انتهی و أنت خبیر بانّ العقد مشتمل علی الإذن الشرعیّة فیکون إقباضا و استمرار المشتری علی یده قبضا و لا دلیل من نصّ أو إجماع علی اعتبار ما زاد علی ذلک فالأصل عدم الاعتبار و ما دلّ بإطلاقه علی الاعتبار منصرف الی ما إذا کان المبیع حین بیعه بید المشتری فما دلّ علی انّ المبیع إذا تلف قبل قبضه فهو من مال البائع مخصوص بما إذا تلف

و کان بعد بید البائع و کذا ما دلّ علی مرجوحیّة بیع المکیل قبل قبضه مخصوص بذلک و الی ما ذکرنا أشار فی الجواهر بقوله لا وجه لاعتبار الاذن فی المنقول حیث لا یکون له الحبس کما لو باعه بثمن فی ذمّة البائع مثلا لانتقاله الی ملکه بالعقد و الغرض انّه فی

یده و فی قبضته و کون الید سابقا عدوانا لا ینافی انتقال استمرارها الی غیر العدوان و لیس ذا کالقبض المتوقف صحّة العقد علیه فانّ اعتبار الإذن فی ذلک (- مط-) متّجه بخلاف المقام المتّجه فیه علی الظّاهر عدم الفرق ثمَّ نبّه علی نکتة بقوله نعم لا یبعد بقاء حق الحبس له إذا لم یکن الثمن واصلا الیه فیحرم علیه التصرّف بناء علی اقتضائه ذلک و یبقی له الخیار بعد الثّلثة امّا انتقال الضّمان و زوال الحرمة و الکراهة فالوجه تحقّقها به لصدقه و دعوی ارادة الصحیح منه بدعوی انّه یشترط فیه شرعا الإذن و بذلک ینقسم (- ح-) الی الصّحیح و الفاسد دعوی فی دعوی لا شاهد علی شیء منهما خصوصا مع انّ الأخذ ضمان المشتری (- فت-) انتهی و أراد بأصالة ضمان المشتری استصحاب الضّمان الثابت علیه بالأخذ قبل التملّک بغیر اذن المالک و لعلّ وجه الأمر بالتأمّل هو الإشارة إلی تبدّل الموضوع الموجب لعدم جریان الاستصحاب نعم یثبت ضمانه له بانتقاله الیه و کونه فی یده فتدبّر جیّدا و ربّما احتمل بعض مشایخ العصر (- قدّه-) فی اعتبار تجدید الإذن فیما یتوقّف تأخیر العقد و لزومه علی القبض وجوها ثالثها اعتباره فیما یتوقّف صحّته علیه ثمَّ نفی البعد عن عدم الاعتبار (- مط-) ان لم یکن إجماع علی عدمه لحصول الشرط عرفا الّا مع الجهل و ما نفی عنه البعد قریب جدّا (- فت-) جیّدا الثّانی انه لو کان المبیع مشغولا بملک البائع فلا یخلو اما ان یکون منقولا کالصندوق المشتمل علی أمتعة البائع أو یکون غیر منقول کالدار المشتملة علی الأمتعة امّا فی الأوّل فیکفی فی قبضه علی ما اخترناه أخذه مشغولا بأمتعة البائع و علی ما اختاره صاحب الجواهر (- ره-) حصول السّلطنة علیه (- ککک-) و علی القول بالنّقل نقله (- ککک-) و بالجملة فیکفی القبض علی التفاسیر قبل التفریغ فی نقل الضّمان و غیره حتی مع عدم اذن البائع فی نقل الأمتعة ضرورة ان المتوقّف علیه صحّة القبض انّما هو الإذن فی نقل المبیع ان لم یدفع المشتری الثمن و الّا لم یتوقّف صحّة القبض علی اذن البائع فی نقل المبیع (- أیضا-) و علی ایّ حال فاذا کان قبضه للمبیع صحیحا لم یمنع من ترتّب احکامه علیه حصول اثم فی ضمنه و هو التصرّف فی أمتعة البائع بنقل الصّندوق من غیر اذنه و احتمل فی (- لک-) توقف انتقال الضّمان إلی المشتری فضلا عن غیره من احکام القبض علی اذن البائع فی نقل الأمتعة (- أیضا-) بناء علی کون القبض النقل و أنت خبیر بأنّه ممّا لا شاهد علیه و امّا الثانی فالحال کما فی الأوّل بل هو أوضح لعدم توقّف القبض علی النّقل لعدم إمکانه فبمجرّد استیلاء المشتری علیه یتحقّق القبض و یجری علیه احکامه و احتمل فی (- لک-) هنا (- أیضا-) عدم الاکتفاء بالتّخلیة و ردّه فی الجواهر بأنّه أضعف من سابقة الثالث انّه لو کان المبیع مشترکا بین البائع و غیره ففی (- لک-) انه علی ما اخترناه و إن کان منقولا فلا بدّ من اذن الشریک فی تحقّق القبض لتوقّفه علی إثبات الید و التصرّف فی حصّة الشّریک و إن کان غیر منقول ففی توقّفه علیه قولان أجودهما

ص: ۲۱۹

العدم لأنّ حقیقة قبض ما هذا شانه رفع ید المالک عنه و تخلیة المشتری بینه و بینه و هذا لا یقتضی التصرّف فی مال الشّریک و وجه الاشتراط انّ وضع الید و التسلّط علی التصرّف لا یمکن بدون التصرّف فی حصّة الشّریک ثمّ قال و علی تقدیر التوقّف علی اذنه بوجه فان اذن الشّریک فیه و الّا نصب الحاکم من یقبضه اجمع بعضه امانة و بعضه لأجل البیع و اختار العلّامة (- ره-) فی (- لف-) الاکتفاء (- ح-) بالتخلیة لأنّ المانع الشرعی من النقل کالمانع العقلی فی العقار ذکر ذلک فی باب الهبة و الحکم واحد بل فیها أقوی انتهی قلت لا یخفی علیک انّ المتوقّف علی اذن الشّریک انّما هو جواز القبض لا صحّته و ترتّب الأثر لما نبّهنا علیه آنفا من انّ حصول اثم فی ضمنه لا یمنع من حصول القبض عرفا و شرعا المستلزم لترتّب اثاره علیه بل قد یقال بتحقّقه و ان لم یحصل له النّقل الحسّی بل بمجرّد حصول سلطنة البائع له و هی تامّة و المنع من جهة الشّریک أمر خارج عنها لا ینافی تسلّط المشتری علی ذلک کتسلّط البائع فما صدر منه (- ره-) من إیقاف حصول القبض علی اذن الشّریک لا وجه له بل القبض حاصل و القابض مع عدم الإذن آثم فاسق و (- ح-) فان وقع التشاحّ بینه و بین الشریک فی استیفاء المنفعة رفع الأمر إلی الحاکم الشرعی و أصلح بینهما بالصّلح أو القسمة و من هنا ظهر انّ الحال فی غیر المنقول أوضح و حصول القبض بتخلیة البائع و تصرّف المشتری أجلی و کون التصرّف و السّلطنة من غیر اذن الشّریک لا یقدح فی تحقّق القبض و ان أوجب الإثم من حیث استلزام وضع المشتری یده متضمّنا للتصرّف فی حصّة الشّریک نعم ما ذکره بعد ذلک من انّه مع امتناع الشّریک من الإذن بنصب الحاکم من یقتبضه اجمع بعضه امانة و بعضه لأجل البیع متین کما هو الحال فی کلّ ممتنع من أداء حقّ غیره لکن ذلک انّما هو لاستباحة القبض لا لأصل تحصیله فلا تذهل الرّابع انّه قال فی (- لک-) لو کان المبیع فی مکان لا یختصّ بالبائع کفی فی المنقول نقله من حیّز الی أخر و إن کان فی موضع یختصّ به فان نقله من مکان إلی أخر بإذنه کفی (- أیضا-) و إن کان بغیر اذنه کفی فی نقل الضّمان خاصّة کما مرّ و لو اشتری المحلّ معه کفت التخلیة فی البقعة و فیه وجهان أصحّهما الافتقار الی النّقل کما لو انفرد بالبیع و لو أحضره البائع فقال له المشتری ضعه ففعل تمّ القبض لأنّ البائع (- ح-) کالوکیل فیه و ان لم یقل شیئا أو قال لا أریده ففی وقوعه بذلک وجهان و ینبغی الاکتفاء به فی نقل الضّمان کما لو وضع المغصوب بین یدی المالک دون غیره انتهی و أقول امّا ما ذکره أوّلا من التفرقة بین ما لو کان المکان مختصّا بالبائع و بین ما لو کان مختصّا بغیره بکفایة النّقل من حیّز الی أخر علی الثّانی (- مط-) و مع الإذن فی الأوّل و بغیر إذن بالنّسبة إلی نقل الضّمان فلا اری له وجها و الوجه حصول القبض بناء علی توقّفه علی النّقل بالنّقل من مکان إلی أخر سواء کان فی مکان مختصّ بالبائع أو بغیره و سواء کان بإذن أم لا بالنّسبة الی جمیع احکام القبض لصدق القبض علی ذلک لغة و عرفا و شرعا و استلزامه لمحرّم لا یخرجه عن کونه قبضا کما مرّ و (- أیضا-) ما الّذی فرّق بین نقل الضّمان و غیره من احکام القبض فی صورة کون النقل فی الموضع المختصّ بالبائع من غیر اذن منه و امّا ما ذکره بعد ذلک من اعتبار النّقل فیما لو اشتری المنقول مع غیر المنقول مع کون النّقل فی غیر المنقول فلا اری له (- أیضا-) وجها إذ لا دلیل علی اعتبار النّقل هنا و ممّا ذکر ظهر ما فی تفرقته فی الحکم الأخیر بین سقوط الضّمان و ما عداه من احکام القبض (- فت-) جیّدا الخامس انّ لازم القول بکون القبض فی المکیل و الموزون هو الکیل و الوزن هو لزوم الکیل و الوزن للمبیع و توقّف احکام القبض علیه فلا یکفی الکیل و الوزن الحاصل قبل المساومة و البیع و یأتی الکلام فی حکم بیع ما لم یکل أو یوزن عند تعرّض الماتن (- ره-) فیما یأتی إنشاء اللّه تعالی السّادس انّه قد صرّح کثیر منهم باتّحاد معنی القبض فی جمیع الموارد بل قد یستظهر من کثیر من العبادات الإجماع علیه و هو بناء علی المختار من أنّه الأخذ (- مط-) لا بأس به و کذا بناء علی

القول بأنّه التخلیة (- مط-) أو النقل (- مط-) أو الاستیلاء (- مط-) لاتحاد المناط (- ح-) فی البیع و غیره من موارده و امّا علی القول بالفرق بین المکیل و الموزون و غیرهما باعتبار الکیل و الوزن فی الأوّلین للنصّ ففی تعدیته إلی باقی الموارد نظر بل منع للأصل مع عدم وضوح المناط و دعوی الإجماع علی عدم الفرق ممنوعة و ذلک إشکال أخر علی القائلین یکون القبض فی المکیل و الموزون هو الکیل و الوزن لاستلزامه اختلاف القبض فی المکیل و الموزون بالنّسبة إلی النّواقل و ان التزم بالتّفرقة بعض أرباب الأقوال الأخر

(- أیضا-) فعن القاضی انّه لا یکفی فی الرّهن التّخلیة و لو قلنا بکفایتها فی البیع لانّ البیع موجب لاستحقاق المبیع فیکفی التمکین منه وهنا لا استحقاق بل القبض سبب فی الاستحقاق قلت مصبّ کلامه یقتضی لحوق الهبة و الوقف و الصّدقة و نحوها بالرّهن فی ذلک لاتّحاد الطّریق الذی ذکره فی الجمیع و أنت خبیر بما فی التّفرقة بین الموارد من النّظر السّابع انا نبّهنا فی طیّ کلماتنا المذکورة علی انّ استلزام القبض محرّما لا یمنع من جریان احکامه علیه بعد صدق حصوله عرفا و قد عثرت الان علی إذعان المحقّق الأردبیلی (- ره-) و المحدّث البحرانی (- ره-) و غیرهما (- أیضا-) بذلک قال فی (- ئق-) بعد نقل ما مرّ فی الأمر الأوّل حکایته عن شیخ (- لک-) ما لفظه لا دلیل علی ما ذکره لا من النصّ و لا من الاعتبار و عقد البیع قد اقتضی النّقل إلی المشتری و القبض و التسلیم الی المشتری حاصل و الفرق بین کون القبض قبل البیع شرعیّا أو غیر شرعیّ مع کونه لا دلیل علیه لا ثمرة له بعد ما عرفت و مع کونه غیر شرعی قبل البیع لا یمنع من کونه شرعیّا بعد البیع و الانتقال الیه بالعقد الصّحیح و بالجملة فشروط صحّة البیع کلّها حاصلة فلا وجه لما ذکره انتهی الثّامن انّ لازم جعل القبض فی المکیل و الموزون عبارة عن الکیل و الوزن عدم اعتبار شیء أخر معهما فی تحقّق القبض فیشکل باستلزام ذلک حصول القبض بالکیل و لو لم یرفع البائع یده و لکن المحقّق الثّانی (- ره-) تصدّی فی جامع المقاصد لبیان المراد بما یرتفع به الإیراد حیث قال المراد به یعنی بالکیل الکیل الّذی به یتحقّق اعتبار المبیع و لا بدّ من رفع البائع یده عنه فلو وقع الکیل و لم یرفع البائع یده فلا تسلیم و لا قبض انتهی فتدبّر التّاسع انّ إطلاق بعضهم کالعلّامة (- ره-) فی (- عد-) و غیره فی غیره الکیل و الوزن یقتضی الاکتفاء بأیّهما کان و لکن الإطلاق غیر مراد قطعا بل المراد الکیل فیما یکال و الوزن فیما یوزن فلو کال ما یوزن أو وزن ما یکال لم یحصل القبض عند القائل بحصوله به ضرورة انّ المعتبر هو ما لا بدّ من اعتبار المبیع به لا (- مط-) کما لا یخفی علی المتأمّل

قوله طاب ثراه أقول لا شکّ انّ القبض (- اه-)

قلت هذا خارج عن جمیع الأقوال العشرة المتقدّمة و حاصله التّفرقة بین احکام القبض و انّه من البائع التخلیة و التمکین و من المشتری الاستیلاء فکلّ ما ابتنی من الأحکام علی فعل البائع یدور مدار التخلیة و ما ابتنی منها علی فعل المشتری یدور مدار الاستیلاء و هذا خارج عن جمیع ما تقدّم من الأقوال کما هو واضح

قوله طاب ثراه (- فح-) نقول امّا ما اتّفق علیه من کفایة التّخلیة (- اه-)

أقول

ص: ۲۲۰

عبارة الماتن (- ره-) فى المقام لا تشبه سائر عبائره لعدم مراعاة قواعد العبارة فيها لانّه اتى بامّا المفصّلة و لم يأت بعدها بمقابلها من الجملة المصدرة بامّا الثانية و كلمة ان فى قوله ان أريد (- اه-) الظّاهر انّها وصليّة فيكون جواب امّا قوله فقد عرفت و يكون انّ فى قوله و ان فسرت (- اه-) وصليّة (- أيضا-) و الضّمير المستتر يرجع الى التّخلية و لازمه الإتيان بالضّمير فى انّ و ليس فى قوله فقد عرفت انّه ليس (- اه-) مؤنّثا (- أيضا-) ليرجع إلى التخلية و بالجملة فالعبارة غير سليمة؟؟ بل و لا صحيحة فتدبّر

قوله طاب ثراه و ان فسّرت برفع جميع الموانع و اذن المشترى فى التصرّف (- اه-)

أشار بذلك إجمالا إلى تفسير التّخلية و توضيح القول فى ذلك انّ التّخلية فى اللّغة بمعنى التّرك قال فى القاموس خلّى الأمر و تخلّى منه و عنه تركه انتهى و لا ريب فى توقّف حصولها على رفع البائع ما يمنع المشترى من القبض من يد البائع أو يد غيره و انّما الكلام فى اعتبار أمر أخر ففى الغنية أنّ التّخلية أمر أخر غير رفع المانع انتهى و فيه دلالة على اعتبار أمر أخر فيها و مثل ذلك فى الدّلالة على انّ التخلية أمر أخر غير رفع المانع عبارة (- س-) و ما يحتمل اعتباره مضافا الى دفع المانع أمور أحدها الإذن للمشترى فى القبض صرّح باعتباره فى (- لك-) و (- الروضة-) و غيرهما و لا بأس به إذ بدونه لا يرتفع سلطنة المتوقّف على رفعها حصول التخلية نعم ربّما احتمل فى مفتاح الكرامة عدم الحاجة الى الإذن بعد انتقاله اليه و دخوله فى ملكه ثمّ استدرك انّه إذا كان فى بيت المالك فبمجرّد فهم الرّضا لا يقال انّه قبضه و سلّمه كما يشير اليه خبر عقبة المتقدّم ثمّ احتمل كون التقييد بالإذن لانتفاء سلطنة البائع لو أراد حبسه لقبض الثمن فإنّه إذا لم يأذن كان له الحبس أو يحمل على نحو الهبة و الوقف ثانيها اللّفظ الخاصّ و قد صرّح بعدم اعتباره فى (- لك-) حيث قال و لا يختصّ ذلك أى الإذن بلفظ بل كلّ ما دلّ عليه كاف فيه و قد لا يكتفى فيها باللّفظ الصّريح مع وجود المانع انتهى فافاده (- ره-) أمرين أحدهما عدم اعتبار اللّفظ الخاصّ فى الإذن بل يكفى كلّ ما دلّ عليه و الأخر عدم كفاية الإذن مجرّدا و لو باللّفظ الصّريح إذا كان هناك مانع و الوجه فى الأمرين جميعا واضح ففى الأوّل الأصل بعد عدم وجود ما يدلّ على اعتبار اللّفظ الخاصّ و فى الثانى انّ الإذن لا يثمر فى صدق التخلية عرفا مع وجود المانع ثالثها كون المبيع غير مشغول بما يتعلّق بالبائع و قد صرّح فى (- مع صد-) بعدم اعتباره حيث قال لا يتحقّق التّخلية إلّا برفع المانع يده و يتحقّق برفعها و إن كان المبيع مشغولا بماله انتهى رابعها مضىّ زمان يمكن فيه وصول المشترى اليه و قد نفى اعتباره فى (- لك-) و (- الروضة-) قال فى الأوّل ما يكتفى فيه بالتخلية و إن كان عقارا فقبضه رفع يد البائع عنه مع تمكّن المشترى كما مرّ و لا يشترط مع ذلك مضىّ زمان يمكن فيه وصول المشترى اليه أو وكيله لانّ ذلك لا مدخل له فى القبض عرفا نعم لو كان بعيدا جدّا بحيث يدلّ العرف على عدم قبضه بالتخلية كما لو كان ببلاد اخرى اتّجه اعتبار مضىّ الزّمان و الحاصل انّ مرجع الأمر إلى العرف حيث لم يضبطه الشرع و إن كان منقولا كالحيوان فعلى ما اخترناه من اشتراط نقله أو وضع اليد عليه الحكم واضح و على الاكتفاء بالتّخلية يحتمل كونه كالعقار كما مرّ و اعتبار مضىّ زمان يمكن من قبضه و نقله لإمكان ذلك فيه بخلاف العقار انتهى و كأنّه أراد الردّ على من قال انّه يشترط فى التّخلية مقارنة رفع اليد لوصول المشترى إليه (- مط-) بعيدا كان أو قريبا حتّى يدلّ ذلك على القبض عرفا فنفاه الّا فيما إذا كان المبيع بعيدا جدّا بحيث لو رفع اليد بعد العقد فى غيبة المشترى لم يعد عرفا من القبض وقت وصوله اليه فلا بدّ من زمان يمكنه وصوله اليه ليتحقّق المقارنة و يدلّ العرف على انّ التخلية لأجل القبض و (- ح-) فلو تلف المبيع بعد رفع يده و قبل وصول المشترى إليه فهو فى ضمان البائع و ربّما احتمل فى مفتاح الكرامة كون الحكم فى المنقول بناء على الاكتفاء فيه (- أيضا-) بالتخلية (- كك-) ثمّ احتمل اعتبار مضىّ زمان يتمكّن فيه من قبضه و نقله لإمكان ذلك فيه بخلاف العقار و أنت خبير بأنّه بعد كون المدار على التخلية لا معنى لاعتبار مضىّ الزّمان بعد عدم كونه مأخوذا فى مفهوم التخلية لغة و لا عرفا و فى مجمع الفائدة انّ الظّاهر انّه لا يحتاج الى مضىّ زمان يمكن فيه الوصول اليه و أيّده بأنّه قد يوصى بمثل الأراضى أو يهب فى بلد بعيد و القول بعدم حصول الملك الّا بعد الوصول اليه و وضع اليد أو معنى زمان (- كك-) بعيد و الأصل بنفيه و أقول قد بان (- لك-) ممّا ذكر كلّه انّ الحقّ فى معنى التخلية انّها رفع المانع للمشترى

من قبض المبيع إن كـان هناك مانع و الّا فبالإذن فيه بكلّ ما دلّ عليه من قول أو فعل أو إشارة و قـد ينكر اعتبار الإذن نظرا الى انتقال الملك بالبيع و

نحوه اتّفاقا فبقاؤه عند البائع محتاج الى الإذن من المشترى و أنت خبير بانّ المراد بالإذن هنا انّما هو الإعلام برفع المانع لا الإذن بمعناه المتعارف فلا يأتی ما ذکر من کون البقاء عند البائع محتاجا إلی اذن المشتری و لیس تصـرّف المشتری محتاجا إلی اذن البائع و حیث کانت التخلیة عبارة عن الترّک تحقّقت بمجرّد رفع الید المانعة فاشتغال المبیع بملک البائع غیر مانع بعد رفع یده عن المبیع و ان وجب علیه التفریغ و لو کان مشترکا غیر منقول فالأجود انّه لا یتوقّف علی اذن الشریک لعدم استلزامه التصرّف فیمال الشریک کما لا یخفی

قوله طاب ثراه فنقول امّا رفع الضّمان (– اه–)

قلت قـد عرفت انّ القبض بمعنی الأخـذ فکلّما صـدق علیه أخذ المبیع عرفا ینتقل بصدور ذلک من المشتری ضـمان المبیع الیه و علی هذا فلا فرق بین النّبوی و بین روایة عقبة فی المؤدّی إلّا فی اعتبار الإخراج من البیت الّذی لا قائل به کما عرفت

قوله طاب ثراه فتعیّن لأمر أخر و لیس الّا لکون ذلک قبضا (– اه–)

قـد استشـهد فی مفتـاح الکرامـة (– أیضـا–) لکـون المراد بالکیـل و الوزن فی صـحیح ابن وهب المتقـدّم القبض بوقوع التّعـبیر عنهما بالقبض فی صـحیحة منصور و صحیحة علیّ بن جعفر و روایة أبی بصیر المذکورات فی المتن و أنت خبیر بانّ التعبیر فیها عن الوزن و الکیـل بـالقبض لا ـ یـدلّ علی کون القبض فی المکیـل و الموزون هو الکیـل و الوزن و انّه لا ـ یحصل بـدونهما بل الظّاهر انّ الحاصـل بالکیـل و الوزن قبض و زیـادة فکنی عن الکیـل بـالقبض إطلاقـا لاسم الجزء علی الکلّ و ربّما یشـهد بعـدم انحصار قبض المکیل فی الکیل صـحیحة محمّد بن قیس عن أبی جعفر علیه السّـلام انّه قال قال أمیر المؤمنین علیه السّلام من احتکر طعاما أو علفا أو ابتاعه بغیر حکرة و أراد ان یبیعه فلا یبیعه حتّی یقبضه و یکتاله حیث جمع علیه السّـلام بین القبض و الکیل فلو کانا شـیئا واحـدا لم یسع ذلک و احتمـال کونه عطف تفسیر کمـا فی مفتاح الکرامـة مـدفوع انّه خلاف الظاهر و لا شاهـد علیه مع انّ العرف و اللّغـة یساعـدان علی انّ بینهما عموما من وجه و إن کان الغالب اجتماعهما و لعلّ ذلک هو السّـبب فی الاقتصار بأحـدهما فی النّصوص کما اعترف بذلک فی مفتـاح الکرامـة بقوله و قـد یکون التّعبیر عنهما بالقبض فی هـذه الأخبار لانّ الغالب فی الکیل و الوزن ان یقعا فی حال القبض و النّقل فصـحّ إطلاـق القبض علیهمـا و ان لم یکونـا قبضـا انتهی فلاـ دلالـة فی التّعبیر بأحـدهما عن الأـخر علی اتّحادهما أو تلازمهما کما قد یتخیّل فتدبّر

فرعان الأوّل لو باع دارا أو سفینة مشحونة بأمتعة البائع و مکنه منها کان قبضا

قوله طاب ثراه و إن کان فی موضع یختصّ به فالنّقل من زاویة إلی

ص: ۲۲۱

اخرى بغير اذن البائع لا يكفى لجواز التصرّف (- اه-)

هذا ممّا لا نفهم له محصّلا لانّ العقد يوجب انتقال المال الى ملك المشترى و لازم الانتقال جواز تصرّفه بما شاء فتوقيف جواز تصرّفه على اذن البائع فى القبض ممّا لا دليل عليه كما لا يخفى

[الفرع الثانی فی قبض المكيل و الموزون و عدم جواز بيع المكيل قبل قبضه]

قوله طاب ثراه الثانى قال فى (- لك-) (- اه-)

كان الأولى التعرّض لهذا الفرع عقيب تعرّضه لحكم بيع ما يكال أو يوزن قبل الكيل و الوزن لكون ذلك كالمبنى لهذا الفرع لكن الأمر سهل

قوله طاب ثراه و إن كان الأوّل ففى افتقاره (- اه-)

أشار بذلك الى الخلاف فى انّ توقّف بيع المكيل و الموزون على الكيل و الوزن هل يعمّ ما لو كيل أو زون قبل البيع بمحضر المشترى فيجب الكيل و الوزن بعده (- أيضا-) مرّة أخرى أم لا بل يختصّ بما إذا لم يكل و لم يوزن بمحضر المشترى كما إذا باعه قدرا معيّنا منه من صبرة مشتملة عليه فإنّهم اختلفوا فى ذلك على قولين و قد يعنون البحث بانّ وجوب الكيل و الوزن هل هو من حيث كونهما شرطا فى صحّة البيع أو انّ وجوبهما من حيث كونهما قبضا للبيع يترتّب عليهما ما يترتّب على القبض الّذى هو النّقل و الأخذ باليد و نحو ذلك فى غير المكيل و الموزون ذكر ذلك فى (- ئق-) و فيه نظر ظاهر لانّ القول بالشرطيّة لا يستلزم عدم وجوب الكيل و الوزن بعد العقد إذا كان كيلا أو موزونا قبله بل للقائل بالشرطيّة أن يقول انّه شرط متأخر فى تماميّة البيع يجب حصوله بعد العقد تعبّدا سواء حصل قبله أم لا و عبارة أخرى للقائل بعدم كونهما قبضا ان يقول بوجوبهما تعبّدا (- مط-) سواء كيل أو وزن قبله أم لا و كذا للقائل بكونها قبضا ان يقول بعدم الحاجة الى وصولهما بعد العقد كما لو حصل القبض بالأخذ و التخلية أو النّقل قبل البيع فإنّه لا يجب حصوله بعد العقد مرّة أخرى على وجه فالأولى عنوان البحث بما قلناه من انّ وجوبهما تعبدا أو للقبض هل يعمّ صورة حصولهما قبل العقد و عدم حصولهما أم لا بل يختصّ بما إذا لم يحصلا قبل العقد وجهان أوّلهما خيرة (- لك-) و ثانيهما خيرة المحقّق الأردبيلى (- ره-) و جمع ممّن تأخّر عنه

قوله طاب ثراه من إطلاق توقف الحكم (- اه-)

هذا من اللّف و النّشر المشوّش فانّ هذا الوجه مستند لعدم اعتبار الكيل و الوزن ثانيا و مقتضى ترتيب اللّف تقديم دليل الافتقار الى الاعتبار ثانيا و على ایّ حال فقد تمسّكوا لعدم الافتقار الى الاعتبار بوجوه هذا أحدها و الثانى ما فى مجمع الفائدة من الأصل و لعلّه أراد بذلك أصالة البراءة من وجوب الكيل و الوزن ثانيا الثالث ما فى المجمع (- أيضا-) من انّه تحصيل للحاصل الرّابع ما فيه (- أيضا-) من دلالة صحيحة معاوية بن وهب المتقدّمة عليه حيث قال ما لم يكن كيل أو وزن فإنّه كالصّريح فى انّ الاحتياج انّما يكون مع عدم الكيل لا معه غاية الأمر أنّه (- ح-) يلزم ان يكون قد اشتراه بغير كيل و لا وزن فان ثبت عدم جواز ذلك بالدّليل تقيّد به و لكن ما ثبت و لا إجماع لأنّه نقل فى شرح (- يع-) عن بعض الأصحاب جواز بيع المكيل و الموزون مع المشاهدة بغيرهما و عن ابن الجنيد بيع الصّبرة مع المشاهدة من غير كيل انتهى و ربّما تصدّى فى مفتاح الكرامة لتأييد هذا القول بجملة من كلمات الطائفة قال (- قدّه-) قد وجدناهم فى غير الباب اجمعوا على انّ المشاهدة لا تكفى فى المكيل و الموزون سواء كان عوضا أو ثمنا و انّه لا بدّ من اعتباره بأحدهما و قد حكى على ذلك الإجماع فى (- ف-) و غيره كما بيّناه فى محلّه فكان الاعتبار بالكيل و الوزن فى المقام شرطا فى الصّحة و لم يتعرّضوا فى المقام للقبض أصلا و وجدناهم اجمعوا على انّه لو أخبره البائع بكيله ثمَّ باعه بذلك صحّ و لم يتعرّضوا فيه (- أيضا-) للاعتبار ثانيا لأجل القبض بل قال فى (- ط-) و موضعين من (- كرة-) ان قبضه بغير كيل صحيح و انّ له التصرّف فيه

قبل کیله و قد قالوا انّ الأخبار فی المقام قائم مقام الاعتبار و قد دلّت علی ذلک (- أیضا-) الأخبار و دلّت (- أیضا-) علی انّه لا یجوز لهذا المشتری ان یبیعه حتّی یکیله و فی (- ئر-) جوّز له بیعه من دون کیل إذا أخبره بما أخبر به البائع و وجدنا (- المصنف-) فی (- کرة-) قال لو کان طعاما و أخر ینظر الیه فهل لمن شاهد الکیل شراؤه بغیر کیل امّا عندنا فنعم و هو أحد روایتی أحمد قال و کذا لو کاله البائع للمشتری ثمّ اشتراه أی الأخر الّذی ینظر الیه و هاتان العبارتان قد دلّتا علی انّه لا یجب کیله مرّة أخری لیتحقّق قبض المشتری له ثمّ قال و قد وجدناهم اتّفقوا علی انّه یجوز بیع المسلم بعد حلوله و قبل قبضه بمجانس الثمن ربویّین کانا أم لم یکونا إذا لم یکن بین الثمنین الربویّین تفاوت بزیادة و لا نقیصة و هذا الإجماع محصّل بیّناه فی محلّه و لعلّ ذلک هو التّولیة و لا نلتفت إلی إجماعی (- ط-) علی المنع فی السّلم و الخلاف انّما هو فی صورة التفاوت فالمفید و الحلّیون علی الجواز و الشیخ فی (- یة-) و جماعة علی المنع و الحقّ الجواز علی کراهیّة و وجدناهم اختلفوا فی بیع ما لم یقبض مع قطع النّظر عن التّفاوت بزیادة الثمن و عدمه علی أقوال ذکرناها فی باب السّلم و قد وجدناهم قالوا ممّا یقوم مقام الکیل ان یبیعه مقدارا معیّنا من صبرة یقطع باشتمالها علیه ثمّ یهبه الباقی لأنّ هذا بمنزلة الکیل لانّ بیعه (- کک-) بمنزلة اعتباره و لهذا یصحّ البیع الی غیر ذلک ممّا ساقه فی مفتاح الکرامة و أطال بنقل الکلمات و إیراد الرّوایات و لا حاجة الی إطالة المقال بنقل کلامه بطوله و انّما المهمّ تنقیح الحال علی مقتضی ما یناله الفهم القاصر من الأخبار فنقول انّا قد نبّهنا فیما مرّ و نتبه فیما یأتی إنشاء اللّه تعالی علی انّ القبض و الکیل و الوزن أمران و لیس المراد بأحدهما الأخر و ظهور بعض الأخبار فی کون المراد بالقبض الکیل أو الوزن لا یوجب رفع الید عن ظاهر ما أدار الحکم فیه علی القبض الظاهر عرفا فی الأخذ و التسلّم و ظاهر ما أدار الحکم فیه علی الکیل الظّاهر فی الاعتبار بالمکیال و سنقول إنشاء اللّه تعالی انّ لازم العمل بالطّائفتین جمیعا بعد عدم التعارض و التمانع بینهما و فقد القرینة علی اتّحاد المراد منهما هو انّ من اشتری مکیلا أو موزونا توقّف جواز بیعه ذلک من غیره علی أمرین أحدهما قبضه المبیع من البائع فلا یجوز بیعه من أخر قبل قبضه و تسلّمه المبیع من البائع إلّا تولیة و الأخر کیله أو وزنه للمبیع فلا یجوز بیعه من أخر من غیر کیله و لا وزنه و لکن لیس فی شیء من تلک الأخبار کما ستسمعها

إنشاء اللّه (- تعالی-) دلالته علی اعتبار کون الکیل بعد البیع الأوّل أو قبله و (- أیضا-) لیس الکیل لکونه قبضا حتی یعتبر مرّة أخری فی المکیل و قد بیّنا فی فروع الکلام علی اشتراط العلم بقدر المبیع بالکیل أو الوزن أو العدّ انه لو کیل عنده مکیل شخصیّ لغیره جاز له بعد ذلک شرائه منه و لا یجب الکیل مرّة أخری و ان شئت توضیح ذلک صوّرنا لک فروض المسئلة فنقول أحدها ان یشتری مائة منّ من حنطة و قد کیل أو وزن عنده قبل العقد أو بعده و قبض المبیع و هنا لا إشکال فی جواز بیعه من غیره من غیر حاجة الی الکیل أو الوزن مرّة اخری ان رضی به المشتری الثّانی کما صرّح به خبر ابن الکرخی حیث قال قلت فاذا قبضته جعلت فداک فلی أن أدفعه بکیله قال لا بأس بذلک إذا رضوا و مفهوم قوله علیه السّلام فی صحیحة ابن وهب المتقدّمة ما لم یکن کیل أو وزن فلا تبعه حتّی تکیله أو تزنه دلّ بالمفهوم علی انّه ان کیل أو وزن فبعه من دون کیل و مفهوم صحیح الحلبی المزبور فی الرّجل یبتاع

ص: ۲۲۲

الطّعام ثمّ یبیعه قبل ان یکال قال لا یصلح له ذلک دلّ بمفهومه علی انّ بیع المبیع بعد ان یکال صالح و ما رواه فی الکافی و (- یب-) مسندا عن عبد الکریم بن عمرو قال قلت لابیعبد اللّه (-ع-) اشتری الطعام فأکتاله و معی من قد شهد الکیل و انّما أکیله لنفسی فیقول بعینیه فأبیعه إیّاه علی ذلک الکیل الّذی اکتلته قال لا بأس و خبر سماعة قال سئلته عن شراء الطّعام و ما یکال و یوزن هل یصلح شرائه بغیر کیل و لا وزن فقال امّا ان تأتی رجلا فی طعام قد کیل و وزن تشتری منه مرابحة فلا بأس ان اشتریته منه و لم تکله و لم تزنه إذا کان المشتری الأوّل قد أخذه بکیل أو وزن و قلت له عند البیع إنّی أربحک کذا و کذا و قد رضیت بکیلک و وزنک فلا بأس الثّانیة ان یشتری مائة منّ من حنطة و کیل أو وزن عنده قبل العقد أو بعده و لکنّه لم یقبضه بعد و لم یتسلّمه و هذا لا یجوز له بیعه ما لم یقبض لما یأتی من الأخبار الکثیرة الناطقة بتوقّف صحّة بیع المکیل و الموزون علی قبض البائع له من البائع الأوّل الثّالثة ان یشتری مائة منّ من حنطة و لم یکل عنده و لم یوزن و لکن اعتمد علی قول البائع فی اخباره بالکیل و الوزن و هذا الشراء لا إشکال فی صحّته و انّما الإشکال فی جواز بیعه إیّاه من غیره بغیر کیل و لا وزن فهل یجوز أم لا الأظهر العدم سواء ما بعد ان یقبضه و ما قبله امّا قبله فلعدم صحّة البیع قبل القبض و امّا بعده فلعدم جواز بیع المکیل و الموزون الّا بعد کیل البائع الثانی له و عدم حجّیة اخبار البائع الأوّل بالوزن فی حق المشتری الثانی و إن کان حجّة فی حقّ المشتری الأوّل و قد نطق بذلک شطر من الأخبار و قد أوضحنا الحال فیه عند الکلام فی الشّرط الخامس من شروط العوضین من منتهی (- صد-) و ممّا نطق بذلک خبر سماعة و خبر محمّد بن حمران قال قلت لابیعبد اللّه علیه السّلام اشترینا طعاما فزعم صاحبه انّه کاله فصدّقناه و أخذناه بکیله فقال لا بأس فقلت ا یجوز ان أبیعه کما اشتریته بغیر کیل قال لا امّا أنت فلا تبیعه حتّی تکیله و قد نبّهنا فی الموضع المشار الیه علی انّ المتحصّل من الأخبار بعد استیفائها و التأمّل فیها هو اختصاص جواز الشراء علی اخبار البائع بالکیل أو الوزن بما إذا کان إخبارا ناشئا عن الحسّ بان یکون قد کیل عنده فلا یجوز الاعتماد علی اخباره النّاشی من اخبار غیره و لعلّ ذلک یوافق القاعدة (- أیضا-) لأنّ إخباره إذا کان هو الّذی کال أو کیل عنده اخبار ذی الید بخلاف اخباره بأخبار من باعه إیّاه بکونه قد کیل فإنّه إخبار بأخبار غیر ذی الید فلا یعتبر لانّه بالبیع الأوّل خرج المبیع عن ید البائع الأوّل فلا یکون إخباره حجّة و لا الأخبار المبنیّ علی اخباره و هنا کلمات أخر متعلّقة بالمقام حذفناها لخلوّها عن ثمرة

قوله طاب ثراه و من انّ الظّاهر ان ذلک لأجل القبض (- اه-)

هذا احد الوجوه المستدلّ بها للافتقار الی اعتبار جدید بعد العقد و ربّما أیّد فی (- ئق-) هذا الوجه بوقوع التعبیر عن الکیل و الوزن فی هذا المقام بالقبض فی جملة من الأخبار و عدّ منها صحیحة منصور بن حازم و صحیحة علیّ بن جعفر و صحیحة معاویة بن وهب و روایة أبی بصیر المزبورات و أقول امّا الدلیل ففیه منع ظاهر لمنع کون اعتبار الکیل لأجل القبض بل ظاهر الأخبار انّه واجب مستقلّ فلو سلّم فالمقبوض قبل البیع لا یلزم قبضه ثانیا بعد البیع و قد أجاب الماتن (- ره-) عن هذا الدلیل فی ذیل الکلام بما ینبغی ان یفهم و أما التأیید ففیه منع کون المراد بالقبض فی الأخبار المزبورة الکیل و الوزن بل قد عرفت انّ لازم الجمع بین الأخبار بعد عدم الشاهد علی اتّحاد المراد بالکیل و القبض هو وجوب الأمرین جمیعا بمعنی توقّف صحّة البیع علی عدم جواز بیع ما یکال أو یوزن قبل الکیل و الوزن و علی قبض المشتری الأول المبیع قبل البیع الثانی فدعوی اتّحاد المراد بالقبض و الکیل و الوزن فی الأخبار ممّا لا شاهد علیها کما لا یخفی

قوله طاب ثراه و یدلّ علیه قوله علیه السّلام الّا ان یولّیه (- اه-)

هذا ثانی الوجوه المستدلّ بها للقول بالافتقار الی الاعتبار ثانیا و یردّه منع الملازمة إذ لنا ان نقول بانّ اعتبار الکیل و الوزن انّما هو لاشتراط صحّة البیع بهما و مع ذلک نلتزم باختصاص دلیل هذا الاشتراط بغیر التّولیة و قد ردّ الماتن (- ره-) هذا الوجه فی ذیل الکلام فلاحظ و تدبّر جیّدا و الوجه الثّالث إطلاق الأخبار الآتیة المانعة من بیع المکیل و الموزون قبل القبض و قبل الکیل و الوزن من

غیر تقیید بما إذا لم یکن قد کیل أو وزن أو بما إذا لم یکن قد قبض قبل ذلک و الإطلاق حجّة (- فت-)

قوله طاب ثراه أقول یبعد التزام القائلین بهذا القول (- اه-)

لقد أجاد (- قدّه-) فی هذا الاستبعاد و استوفی المقال فی ذلک فعلیک بإمعان النّظر فیما ذکره

قوله طاب ثراه ثمَّ الظاهر انّ مراد (- لک-) ممّا نسبه الی العلّامة (- اه-)

لا یخفی علیک انّه بمجرّد هذا الاستظهار الّذی لا مستند له لا یمکن تخطئته الشهید الثّانی (- ره-) الّذی هو خریت هذه الصّناعة فی نقله بعد عدم نسبة ذلک الی موضع خاصّ من کلماتهم فلعلّهم صرّحوا بذلک فی موضع لم یعثر علیه المحقّق الماتن (- قدّه-) و مجرّد عدم عثوره (- ره-) لا یدلّ علی العدم

قوله طاب ثراه و أظهر من ذلک فیما ذکرنا ما فی (- ط-) فإنّه بعد ما صرّح باتّحاد معنی القبض فی البیع و الرّهن (- اه-)

قال فی المبسوط و کلّ ما کان قبضا فی البیوع کان قبضا فی الرّهن و الهبات و الصّدقات لا یختلف ذلک و من جملته انّ المرهون ان کان خفیفا یمکن تناوله بالید فالقبض فیه ان یتناوله بیده و إن کان ثقیلا مثل العبد و الدابّة فالقبض فیه ان ینقله من مکان الی مکان و إن کان طعاما و ارتهن مکیالا- من طعام بعینه فقبضه ان یکتاله و ان ارتهن صبرة علی انّ کیلها کذا فقبضه (- أیضا-) ان یکتاله و ان ارتهنها جزافا فقبضه ان ینقله من مکان الی مکان انتهی

[القول فی وجوب القبض]

[مسألة فی وجوب تسلیم کل من المتبایعین ما استحقه الأخر]

قوله طاب ثراه یجب علی کلّ من المتبایعین تسلیم ما استحقّه الأخر (- اه-)

أراد بذلک الوجوب عند إطلاق العقد و عدم اشتراط التأخیر و انما قیّد العبارة بصورة الإطلاق فی جملة من کلماتهم منها (- یع-) حیث قال إطلاق العقد یقتضی تسلیم المبیع و الثّمن و قال فی (- لک-) احترز بالإطلاق عمّا لو شرط تأجیل أحدهما أو تسلیمه قبل الأخر فإنّه (- ح-) یختصّ وجوب التسلیم بالحال و من شرط تقدیمه أوّلا و لو شرط تاجیلهما و کانا عینین صحّ (- أیضا-) و کان خارجا من الإطلاق انتهی ثمَّ انّ اقتضاء العقد تسلیم البائع المبیع و المشتری الثمن فورا بحیث یجب علی کلّ منهما البدار الی ذلک و انّهما ان تعاسرا تقابضا ممّا لا کلام فیه و فی الجواهر انّه لا خلاف فیه و قد یستظهر من التنقیح الإجماع علیه حیث قال الحقّ عندنا انّ إطلاق العقد یقتضی وجوب التّسلیم علی کلّ من البائع و المشتری للمبیع و الثمن من غیر أولویّة تقدیم انتهی و الأصل فی ذلک اقتضاء العرف ذلک فیتبعه الوجوب شرطا لعموم قوله تعالی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و غیره بل الظاهر ذلک و ان لم یطالب کلّ منهما الأخر بذلک فلا یجوز لأحدهما التّأخیر إلّا برضاء الأخر ضرورة أنّه بتمام العقد یتمّ ملک کلّ منهما للعوض فإبقائه فی الید محتاج الی الإذن فتدبّر جیّدا ثمَّ ان امتنعا من التقابض مع عدم رضا کلّ منهما بامتناع الأخر عصیا و أجبرا علی التقابض و لو امتنع أحدهما أجبر الممتنع کما صرّح بذلک جمع کثیر من خلاف ینقل و الوجه فی

ص: ۲۲۳

ذلك عموم ما دلّ على إجبار الممتنع عن أداء حق غيره و المجبر هو الحاكم لأنّه شانه و تكليفه لأدلّة الحسبة و يحتمل جواز الإجبار بل وجوبه على جميع المكلّفين نظرا الى كون التّسليم من المعروف الّذى يجب الأمر به على كلّ مكلّف لكن لا يخفى انّ الإجبار غير الأمر فإن شمله أدلّة الأمر بالمعروف و الّا اختصّ بالحاكم ثمّ انّ الواجب هل هو التقابض و انّه مع امتناعهما يجبران جميعا عليه أم لا بل لأحدهما أولويّة فى وجوب التّسليم فيجبر الأولى أوّلا على التسليم ثمّ يجبر الأخر وجهان بل وجوه أشار الماتن (- ره-) الى اثنين منها

قوله طاب ثراه و غيرها (- اه-)

كاللّمعتين و التنقيح و شرح (- شاد-) للفخر و غاية المرام و الكفاية و ظاهر محكى الجامع و هو المحكى عن الإسكافى (- أيضا-) بل فى مجمع الفائدة و الرّياض انّ عليه الأكثر و زاد فى الثّانى انّ عليه عامّة من تأخّر و نفى فى الجواهر وجدان الخلاف فيه بين المتأخرين

قوله طاب ثراه و عن ظاهر التنقيح الإجماع عليه (- اه-)

لعلّه لقوله انّه (- كك-) عندنا

قوله طاب ثراه لما فى (- كرة-) (- اه-)

توضيحه ما فى (- لف-) و غيره من انّ حالة انتقال المبيع إلى المشترى هى حالة انتقال الثمن إلى البائع فلا أولويّة بل كلّ منهما قد وجب عليه حقّ صاحبه و الى ذلك يرجع ما قيل من انّ العقد يوجب حكمهما معا و لا مرجّح لأحدهما على الأخر فامّا ان يقيد التقابض فيجبران عليه عند الامتناع دفعة أو لا يفيد فلا يجبران عليه أصلا فامّا انّ أحدهما يجبر على التقديم دون الأخر فلا مأخذ له

قوله طاب ثراه و عن (- ف-) (- اه-)

قال فى (- ف-) إذا باع شيئا بثمن فى الذّمة فقال البائع لا أسلم المبيع حتى اقبض الثمن و قال المشترى لا أسلم الثمن حتّى اقبض المبيع فعلى الحاكم ان يجبر البائع على تسليم المبيع أوّلا ثمّ يجبر المشترى على تسليم الثمن بعد ذلك بعد ان يحضر الثمن و المبيع و قال الشافعى فيه ثلثة أقوال و الثانى يجبر البائع و هو ظاهر كلامه و الثانى يجبر كلّ واحد منهما مثل ما قلناه و هو الصّحيح عندهم و الثّالث لا يجبر واحد منهما و قال أبو حنيفة و مالك يجبر المشترى على تسليم الثمن أوّلا دليلنا على ما قلناه انّ الثّمن انّما يستحقّ على المبيع فيجب أوّلا تسليم المبيع ليستحقّ الثّمن فاذا سلّم المبيع استحقّ الثمن فوجب حينئذ إجباره على تسليمه فلا بدّ إذا ممّا قلناه انتهى و قد اختار ذلك فى (- ط-) (- أيضا-) و تبعه عليه ابن زهرة فى الغنية و القاضى و حكى فى الرّياض عن الحلبى فى (- ئر-) متابعته و خطّائه فى مفتاح الكرامة و قد نوقش فى حجّته بالمنع لاستواء العقد فى إفادة الملك لكلّ منهما فتملّك كلّ منهما تابع لتملّك الأخر فيحصلان دفعة و ربّما انتصر فى مفتاح الكرامة لأرباب هذا القول بقوله و لعلّهم يعنى المشهور ما أنصفوهم حيث ناقشوهم بعدم الأولويّة مبالغين فى ذلك إذ لعلهم أرادوا انّ البيع و الشراء يبنى الحال فيهما على المتعارف بين الناس و المتداول بين التجار و غيرهم من انّ البائع إذا لم يسلّم المبيع يعاب عليه طلب الثمن فلا يطلبه ما لم يسلم بل فى الغالب انّ البائع أحوج فإذا تبايعا على ما هو المتعارف لم يجب الدّفع و الإعطاء إلّا عليه على انّهم مطبقون على الظّاهر فى باب الإجارة على انه لا يجبر المستأجر على دفع الأجرة إلا بعد تسليم العين ثمّ قال و الغرض انّه ليس بتلك المكانة من الضّعف انتهى قلت من لاحظ هذا الوجه بعين الإنصاف ظهر له انّ اللازم انّما هو البناء على المتعارف فى كلّ عصر و مصر بالنّسبة الى من فيهما فإن كان المتعارف سبق البائع أجبر البائع أوّلا و إن كان المتداول سبق المشترى أجبر هو أوّلا و إن كان مجرى العادة التسالم معا أجبرا معا عليه و كون مقتضى العقد ملك كل منهما للعوض لا ينافى ذلك الا ترى حكمهم بوجوب تبقية مشترى النّخلة المؤبّرة الثمرة عليها الى أو ان الصّلاح حتى مع عدم الاشتراط مع ان مقتضى انتقال النّخلة إلى المشترى تسلّطه على ماله و ليس إيجاب الإبقاء إلّا بالنّظر الى جريان العادة بذلك فيتقيّد الشّراء و الملك

بذلک ففیما نحن فیه و إن کان العقد مؤثرا ملک کلّ منهما للعوض فی ان واحد الّا انّ جریان العادة بسبق أحدهما یقیّد العقد بذلک و علی هذا فیتخرّج فی المسئلة وجه خامس یکون هو الأقرب و انّما سمّیناه خامسا لأنّ فی المسئلة وجهین اخرین لم یتعرّض لهما (- المصنف-) (- ره-) أحدهما تقدیم أحدهما بالقرعة فیقرع بینهما فمن اقتضت القرعة أولویّته اجبر هو أوّلا احتمله الحلّی (- ره-) فی (- ئر-) و لعلّ مستنده عمومات القرعة و فیه انّ عمومات القرعة یتوقّف الأخذ بها علی تمسک الطائفة بها کما هی الحال فی کلّ عام سری الیه الوهن بسبب کثرة ورود التخصیص علیه ثانیهما إجبار المشتری أوّلا بدفع الثمن ثمَّ إجبار البائع بدفع المثمن احتمله بعضهم و هو الّذی افتی به أبو حنیفة و مالک و مستنده دعوی کون الثمن هو الأصل و المتوقّف علیه ملک المثمن و فیه نظر ظاهر

قوله طاب ثراه و قد صرّح بعض أخر (- أیضا-) بعدم الخلاف

هذا البعض هو سیّدنا فی مفتاح الکرامة

قوله طاب ثراه و لعلّ الوجه فیه (- اه-)

هذا الوجه (- أیضا-) أصله من صاحب مفتاح الکرامة

قوله طاب ثراه فلا یردان وجوب التّسلیم (- اه-)

المورد هو المحقّق الأردبیلی (- ره-) و وجه سقوط الإیراد أنّ الامتناع عند امتناع صاحبه هو مقتضی إطلاق العقد فلا یکون ظلما

[مسألة فی وجوب تسلیم المبیع و تفریغه من أمواله]

قوله طاب ثراه ففی غیر واحد من الکتب (- اه-)

من جملة تلک الکتب (- لک-) فإنّه قد صرّح به فی ذلک بل عزاه إلینا قال لا یتوقّف صحّة التّسلیم علی التفریغ فلو سلّمه مشغولا فتسلّمه حصل القبض عندنا و یجب التفریغ مع ذلک انتهی

قوله طاب ثراه و کان المشتری جاهلا کان له الخیار (- اه-)

أراد بالخیار السّلطنة علی فسخ العقد و إبقائه و ذلک ممّا صرّح به جمع و علّله فی الرّیاض و الجواهر بقاعدة الضّرر و فیه انّ قاعدة الضّرر لا تثبت السّلطنة علی الفسخ فقط لانّ الضّرر کما یرتفع بالسّلطنة علی الفسخ و الإبقاء مجّانا فکذا یرتفع بالتخیّر بین الفسخ و الإبقاء بعوض الّا ان یجاب بأنّ الضّرورة تقدّر بقدرها و انّه بعد ارتفاع الضّرر بتسلیطه علی الفسخ لم یکن لتسلیطه علی أخذ الأجرة و العوض وجه و ربّما زعم بعضهم کون ذلک من قبیل العیوب فیثبت خیار العیب و فیه منع صدق الزّیادة و النقصان من الخلقة الأصلیّة علی فوات الانتفاع زمانا فلا یکون من العیب فتأمّل

قوله طاب ثراه و فی ثبوت الأجرة لو کان لبقائه أجرة إلی زمان الفراغ وجه

منشأه صدق تفویت المنفعة فیضمن عوضها لانّ من أتلف عینا أو فوت منفعة ضمن

قوله طاب ثراه وجب الصّبر الی بلوغ أو انه للزوم تضرّر البائع بالقلع (- اه-)

(۱۱) قلت یمکن القول بأن للمشتری مطالبة المقلع فی صورة علم البائع بالحال و عدم بیانه ذلک للمشتری لأنه ملک الأرض بالعقد و ضرر القلع علی البائع مسلوب الأثر بسبب اقدامه علیه بالمبیع المطلق الّذی لازمه الانتقال من حینه و لزوم التفریغ من ساعة (- فت-)

قوله طاب ثراه و لو احتاج تفریغ الأرض إلی هدم شیء هدمه (- اه-)

(۱۲) قال بعض مشایخ العصر (- قدّه-) انّه لا یبعد تسلّط المشتری علی إلزام البائع بعد الهدم و الکسر و الحفر بتفاوت قیمة الأرض محفورة و غیر محفورة و قیمة الدار مستهدمة و غیر مستهدمة و الصّندوق صحیحا و مکسورا و نحو ذلک و منعه من تسویة الأرض و إصلاح الدار ثمَّ قال نعم لو طلب ذلک من البائع وجبت اجابته إلیه لأنّ ذلک نوع من أداء حقّه مع احتمال عدمه للأصل ان لم یکن إجماع علی خلافه و تعلیله بوجوب تسلیم المبیع

ص: ۲۲۴

الیه متمکّنا من الانتفاع به کأنّه علیل کتعلیل وجوب إخراجه بتوقّف التّسلیم علیه و وجوب إصلاحه بأنّه إتلاف لبعض المبیع لحقّ وجب علیه ثمّ قال و دعوی انّ ذلک من الشرائط الضّمنیّة الّتی قد اقتضاها إطلاق العقد ممّا لا یساعد علیها الوجدان انتهی و أقول امّا ما نفی عنه البعد ففی غایهٔ البعد إذ لا دلیل علیه بل الدّلیل علی خلافه واضح السّبیل فان الواجب علی البائع بمقتضی إطلاق العقد انّما هو تسلیم المبیع مفرّغا و اعادهٔ المبیع علی ما کان علیه حال البیع فإثبات التفاوت علیه ممّا لا وجه له إذ الأصل برأیه ذمّته من وجوب دفع التّفاوت و تخیّل انّ الملک للمشتری فله منع البائع من التصرّف فیه بالإصلاح فیجب علیه دفع التفاوت فاسد لانّ منعه من تصرّف البائع لا یثبت اشتغال ذمّهٔ البائع ببذل التفاوت إذ لیس له الّا مطالبهٔ المبیع علی ما کان علیه حال العقد فاذا امتنع من تمکین البائع فی الإعادهٔ فقد أقدم علی ضرر نفسه فلا تذهل و امّا ما ذکره بعد ذلک من احتمال عدم وجوب اجابهٔ البائع المشتری الی إعادهٔ المبیع علی ما کان علیه حال العقد بإصلاح ما هدّمه مقدّمهٔ للتفریغ ففی غایهٔ الوهن و أوهن منه تعلّقه لذلک بالأصل ضرورهٔ انه انّما اشتری الصّحیح فکیف یسوغ للبائع تسلیم المعیب و جواز الهدم لا ینافی وجوب الإصلاح لأداء حقّه الّذی ملکه بالعقد الصّحیح و أغرب من ذلک کلّه توهینه تعلیل وجوب الإصلاح بوجوب تسلیم المبیع إلی المشتری متمکّنا من الانتفاع به و تعلیل وجوب الإخراج بتوقّف التّسلیم مفرغا الواجب علیه علی ذلک و هو (- ره-) ادری بما قال و أجلّ من التفوّه بهذا المقال نعم استضعافه لتعلیل وجوب الإصلاح بأنّه إتلاف لبعض المبیع لحقّ وجب علیه فی محلّه لان هذه العلّهٔ لا تثبت وجوب الإصلاح و انّما یسوغ التمسّک به لجواز الهدم و نحوه و امّا توهینه کون وجوب التّسلیم مفرغا و جواز الهدم و وجوب الإصلاح من الشرائط الضمنیّهٔ التی اقتضاها إطلاق العقد فلا وقع له و إنکاره الوجدان إنکار للوجدان

قوله طاب ثراه الإعادهٔ (- مط-) کما فی (- یع-) (- اه-)

قال فی (- یع-) و لو هدمه بغیر اذن شریکه وجب علیه اعادته انتهی و اختاره العلّامهٔ (- ره-) فی (- شاد-) و المحقق الورع الأردبیلی (- ره-) فی مجمع الفائدهٔ و حجّته انّه بهدم الجدار قد ضمنه و الأصل فی الضمان ان یکون بالمثل فیلزم اعادهٔ ما هدّمه

قوله طاب ثراه و الأرش (- ککک-) کما عن العلامهٔ (- اه-)

قد اختار ذلک فی (- عد-) و (- کرهٔ-) و ولده فی الإیضاح و حجّته أمران الأوّل انّ ضمان المثل انّما یکون فی المثلی و الجدار قیمی و لیس مثلیّا علی انّ العین موجودهٔ و الزائد انّما هو الصّفهٔ فعلیه أرش ما بین قیمته منهدما و مأمورا و ردّ بأنّه قد تکون قیمته بعد الهدم قلیلهٔ جدّا و قیمهٔ الجدار الصّحیح کثیرهٔ جدّا و بان الجدار و إن کان قیمیّا باصطلاحهم الّا انّ العرف قد یقضی بالمماثلهٔ فی بعض الجدران إذ المطلوب کونه حائلا و مانعا و لا یریدون فی مثل ذلک إلّا المماثلهٔ فی الجملهٔ الثّانی أصالهٔ برأیه ذمّته من إلزامه بالإعادهٔ بنفسه أو بواسطته مع انّ المعهود فی ضمان المتلفات انّما هو شغل الذمّهٔ بالمال مثلا أو قیمته و ذلک متعذّر فی الحائط و نحوه بخلاف الأرش فإنّ الذمهٔ مشغولهٔ به کما فی سائر نظائره و دعوی انّ دفع الأرش هنا علی وجه یجبر ضرر الشریک غیر ممکن لأنّه ان أرید به ما یخصّ الشریک من مقابل الهیئهٔ الفائتهٔ فهو ممّا لا یجدی فی عمارهٔ الجدار الذی قد تحقّق الضّرر بهدمه و لو لفوات حصّهٔ الشّریک فلم یکن فی ذلک جبر لضرره و ان أرید به ما قابل تمام الهیئهٔ ففیه أنّها مشترکهٔ بین الهادم و الشّریک و الإنسان لا یضمن لنفسه شیئا کما صدرت من صاحب الجواهر (- ره-) یدفعها مع انتقاضها بصورهٔ تعذّر المثل انّه لا یجب علیه عمارهٔ حصّته (- أیضا-) مع قطع النظر عن حصّهٔ الشریک و امّا مع النظر الیه فلا بأس بأن یضمن لنفسه (- أیضا-) کما یضمن الرّهن لو أتلفه من جههٔ حقّ المرتهن مع انّ الظاهر منهم ارادهٔ الشق الأوّل و به یندفع الضّرر من حیث نقص المال و لا دلیل علی وجوب دفع غیره کما فی سائر الإتلافات فتدبّر

قوله طاب ثراه کما عن (- س-) (- اه-)

قد حکی ذلک عن حواشی الشهید (- ره-) (- أیضا-) و حجّته هی حجّهٔ الأوّل فیما إذا کان المماثل و لو فی الجملهٔ ممکنا و امّا مع

عدم إمكان المماثل فلا طريق الى التضمين إلّا القيمة و قد يستدلّ لهذا القول بما مرّت إليه الإشارة من انّ الجدار و إن كان قيميّا باصطلاحهم الّا انّ العرف قد يقضى بالمماثلة فى بعض الجدران المطلوب منه كونه حائلا ـ و مانعا و لا يريدون فى مثل ذلك إلّا المماثلة فى الجملة مؤيّدا ذلك بعدم معلوميّة مقدار الأرش لاحتماله ان يراد به تفاوت ما بين قيمته منهدما و مأمورا كما عن الحواشى و غيرها و لان يراد به مقدار ما يصرف فى بنائه بمثل البناء الأوّل كما مال اليه بعضهم و قد يناقش فى ذلك بانّ إرادة النّاس لا دخل لها فى تعيين ما اشتغلت به الذّمة بالهدم المزبور من كونه عملا أو مالا و المعهود من الشرع هو الثانى دون الأوّل و دعوى حكومة العقل به عهدتها على مدّعيها و الظنّ به مع تسليم حصوله غير مجد و امّا التّأييد المذكور ففيه انّ الأرش انّما هو الأوّل قطعا كما فى نظائره الّتى تبقى عين المال فيها و يذهب منها بعض صفاتها مع ان لو سلّم التردّد فى ذلك كان اللّازم أقلّ الأمرين لأصالة برأيه الذمّة من الأكثر

[مسألة لو امتنع البائع من التسليم]

قوله طاب ثراه احتمله فى (- مع صد-) (- اه-)

قد نظر فى ذلك الى انّ جواز الحبس غير سقوط حقّ المنفعة و لا يلزم من ثبوت الأوّل الثّانى و قد يؤيّد بأنّهم أفتوا فى باب الإجارة بأنّه يجوز للخيّاط حبس الثوب ليأخذ أجرته للإذن فيه و ذلك لا يرفع عنه ضمانه و أنت خبير بانّ المباح لا يستعقب ضمانا و ما أفتوا به فى باب الإجارة إن كان لنصّ مخرج عن القاعدة اختصّ بمورده و الّا منعناه (- أيضا-) و من هنا نفى الأجرة فى الفرض فى (- كرة-) و (- لك-) و (- الروضة-) و غيرها

قوله طاب ثراه و على المشترى نفقة المبيع (- اه-)

هذا ممّا صرّح به جمع قال فى (- لك-) و حيث يكون الحبس سائغا فالنفقة على المشترى لأنّه ملكه فان امتنع منها رفع البائع امره الى الحاكم فان تعذّر أنفق بنيّة الرّجوع و رجع بها عليه كما فى نظائره انتهى و ما ذكره متين

قوله طاب ثراه و فى (- مع صد-) (- اه-)

فيه أوّلا ـ انّ التوقّف فى المسئلة التى أشار إليها (- أيضا-) فى غير محلّه بعد كونها زوجة و منع الحبس من وجوب الإنفاق مختصّ بحكم التّبادر بصورة كونه بغير حقّ و هو النشوز و ثانيا ما أشار إليه الماتن (- ره-) من إمكان الفرق بين النّفقة فى المقامين و وجه الفرق ان نفقة الزّوجة فى مقابلة الاستمتاع فاذا حبست نفسها أمكن ان لا تستحقّ شيئا لعدم تمكينها إيّاه من المعوّض و هذا بخلاف نفقة المملوك الّذى حبسه غيره

قوله طاب ثراه ففى وجوب اجابته وجهان (- اه-)

من انّه قد انتقل إلى المشترى و انّ البائع إنّما استحق الحبس لاستيفاء حقّه و تصرّف المشترى فيه و هو فى يد البائع لا ينافى حقّ البائع فليس له منعه منه بل يجب عليه إجابته إيّاه و من انّ حبسه إيّاه قد جاز لحقّه و منعه إيّاه من التصرّف لعلّه ادعى الى استيفاء حقّه و قد استظهر الوجه الأوّل فى (- مع صد-) و الحقّ انّه ان توقّف حصول غرضه الّذى حبسه لأجله عليه جاز له منعه من التصرّف و الّا فلا لانّ النّاس مسلّطون على أموالهم فمنعه من الانتفاع مع عدم توقّف حقّه عليه ظلم و إضرار فيحرم

قوله طاب ثراه و لو كان امتناعه

ص: ۲۲۵

لا الحقّ (- ٥ه-)

لم يتعرّض الماتن (- ره-) لما إذا غصب ثالث المبيع من يد البائع قبل قبض المشترى إيّاه و حيث انّ جمعا من الفقهاء (- رض-) عنونوا ذلك فى المقام و كان محلّ حاجة لم يكن بأس فى ان نوضح الكلام فى ذلك فى طىّ مطالب الأوّل انّه إن أمكن فى الفرض استعادته فى الزّمان اليسير الّذى لا يشتمل مضيّه على فوات منفعة مقصودة بحيث يستلزم فواتها نقصا معتبرا و فوات غرض مقصود عرفا على المشترى لم يكن للمشترى بذلك فسخ العقد و وجب على البائع السّعى فى تخليص البيع من يد الغاصب و تسليمه الى المشترى كما صرّح بذلك فى (- عد-) و (- شاد-) و (- مع صد-) و اللمعتين و (- لك-) و غيرها بل نفى فى مفتاح الكرامة وجدان الخلاف فيه و نفى فى هداية الأنام المعرفة بالخلاف تارة و استظهر الإجماع عليه اخرى و الوجه امّا فى عدم ثبوت الخيار للمشترى فأصالة لزوم العقد و انتفاء الضّرر و امّا فى وجوب السّعى على البائع فى الاستخلاص فلتوقّف التّسليم الواجب عليه على ذلك فلا إشكال الثّانى انه لو لم يمكن فى الفرض المذكور الاستخلاص فى الزّمان اليسير بان تعذّر أصلا أو أمكن لكن بعد زمان يفوت فيه غرض عقلائى للمشترى ثبت له الخيار بين الفسخ ثمَّ الرّجوع بالثمن و بين الرّضا بالمبيع و الصّبر و ارتقاب حصوله فى يده و ذلك (- أيضا-) ممّا صرّح به من صرّح بالمطلب الأوّل و نفى فيه (- أيضا-) فى مفتاح الكرامة وجدان الخلاف فيه و الّذى يحتمل استنادهم إليه أمران أحدهما الإجماع على ثبوت الخيار تعبّدا و فيه نظر بل منع ثانيهما قاعدة الضّرر و فيه انّ الضّرر هنا لم ينشأ من جهة لزوم العقد كى يرفعه و انّما نشأ من بعض المخلوقين على بعضهم كما لو كان بعد القبض إذ لا فرق بينهما من هذه الجهة فالتحقيق انّ الغصب إن كان تلفا فاللّازم انفساخ العقد به رأسا و الّا فالتخيير لا دليل عليه فان قلت انّ الغصب ليس تلفا لبقاء عينه و إمكان الانتفاع بها بالعتق و لكنّه مفوت للتّسليم الّذى هو بمنزلة الشيء المشروط فى العقد فلا يتأتّى فواته الّا بالخيار نعم الغصب الّذى لا يمكن الانتفاع به و لا يحتمل حصوله (- كك-) يكون بمنزلة التلف فى تأثيره انفساخ البيع قلت لا دليل على إيجاب فوات التسليم الخيار و كونه بمنزلة الشرط فى العقد لا يقتضى إيجابه الخيار مع ان إمكان الانتفاع به بالعتق مخصوص ببعض صور المسئلة و بالجملة فالأصل لزوم العقد و كون النّقص و الضّرر على من انتقل اليه بعد ان كان حادثا بعد العقد و لا مخرج عن ذلك إذ ليس هو تلفا كى يجرى قاعدة كون التّلف قبل القبض من مال البائع مع انّ جريانها يقتضى انفساخ العقد لا الخيار كما قالوا و هم ادرى بمواقع كلماتهم و أدلّة فتاويهم لكن كلّا مكلّف بما فهم و نحن لم نفهم للخيار معنى سيّما بعد إن كان الضّرر حادثا بعد العقد فتدبّر جيّدا لعلّك تقف على مستند يمكن الركون إليه فى ذلك و يصحّ العروج عليه فيما هنالك فروع الأوّل انّ إطلاق كلماتهم يشمل ما لو أمكن استخلاصه و لو بعد حين و ما لو لم يمكن أصلا و الأجود على فرض تسليم الخيار تخصيصه بالصّورة الأولى و امّا الثانية فالأقوى فيها انفساخ البيع من رأس لما مرّ فى مسئلة كون تلف المبيع قبل القبض من مال البائع من ان تعذّر الوصول الى المبيع كالتلف فى انفساخ العقد به لرواية عقبة المنجبرة الّتى موردها السّرقة بل لعلّ العرف يطلقون التّلف على تعذّر الوصول فيشمله النّبوى (- ص-) (- أيضا-) الثّانى انّ إطلاق كلماتهم يشمل ما لو تمكّن المشترى من استعارته من الغاصب فى زمان يسير و قصّر و ما لو لم يتمكّن من ذلك بل ربّما صرّح بالتّعميم بعض الأواخر و لعلّه لوجوب التسليم على البائع فلا يجب على المشترى السّعى فى مقدّمات ذلك و التسلّم من غير تسليم البائع و فيه نظر ظاهر ضرورة بنائهم الخيار على الضّرر فإذا أمكنه الاستخلاص و ترك كان هو الّذى أدخل الضّرر على نفسه الّا ان يقال انّ الضّرر قد ورد عليه و المكلّف بالتسليم غيره و الأصل عدم وجوب الدّفع عليه الثّالث انّه لو اختار الصّبر ففى جواز الفسخ له بعد ذلك وجهان من الأصل و من استصحاب الخيار بل وجود سببه و هو التضرّر فى كلّ ساعة و انّه كما لو انقطع المسلم فيه فأجاز ثمَّ أراد الفسخ و من هنا اختار العلّامة (- ره-) فى محكى (- كرة-) الجواز الرّابع انه ان تلف المبيع فى الفرض فى يد الغاصب فان كان بدون اختيار المشترى الصّبر و لا

تصرف منه فى العين بالعتق و نحوه فلا إشكال فى انّه من مال البائع فينفسخ البيع و يرجع المشترى على البائع و البائع على الغاصب و

إن كان مع اختيار الصّبر بـدون تصـرّف فيه فوجهان ظاهر (- لك-) بل صـريحه اختيار الانفساخ و لعلّه لإطلاق ما دلّ على كون تلف المبيع قبل القبض من مال البائع و احتمل بعضهم كون ذلك بمنزلهٔ القبض نظرا الى كون الرّضا المذكور قبضا و استضعفه فى الجواهر ثمّ قال بل لو تصرّف فى المبيع بنظر أو لمس و نحوه و هو فى يد الغاصب لم يكن قبضا عرفا بل الرّضاء بالبقاء فى يد البائع ليس قبضا فضـلا عن الغاصب كما صـرّح به خبر عقبهٔ بن خالد المتقدّم انتهى و ما ذكره قوىّ متين ثمّ انّ ذلك إذا كان التّلف فى يد الغاصب أو البـائع بافـهٔ من اللّه تعـالى امّـا إذا كـان منهمـا أو من أجنبىّ فالظـاهر جريـان الخلاـف السّابق فى باب تلف المبيع قبل القبض بغير الآفهٔ السّـماويّهٔ من الرّجوع الى مقتضـى القاعـدهٔ أو تخيّر المشترى بين الرّجوع بالثمن أو مطالبهٔ المتلف بالمثل أو بالقيمهٔ بل قد (- يق-) انّ التّلف فى يد الغاصب بافهٔ من اللّه تعالى بمنزلهٔ إتلاف الغاصب لا يقضى بانفساخ البيع بل هو كإتلاف الأجنبىّ فى إيجابه الرّجوع الى احد الأمرين المذكورين من القاعدهٔ أو الخيار لكنّه لا يخلو من بعد المطلب الثّالث انه لا يلزم البائع أجرهٔ المدّهٔ الّتى اسـتوفاها الغاصب و ذلك هو احـد القولين فى المسئلهٔ و قـد صـرّح به جمع كثير منهم العلّامـهٔ (- ره-) فى (- شاد-) و محكى (- ير-) و الشّـهيدان فى اللّمعتين و (- لـك-) و المحقّق الكركى فى جـامع المقاصـد و الصّـيمرى فى محكى غايـهٔ المرام و المحقّق الأـردبيلى و غيرهم و عن الشـهيد (- ره-) فى الحواشـى نسـبهٔ الى إطلاق الفقهاء (- رض-) بل لم أعثر فى ذلك على خلاف صريح نعم تنظر فى ذلك فى (- عـد-) و تردّد فى الكفايـهٔ و ظاهر الإيضاح ففى المسـئلهٔ وجهان فمبنى الوجه الأوّل المفتى به و هو عـدم اللّزوم أصالـهٔ برأيه ذمّهٔ البائع من ذلك ضـرورهٔ انّ المضمون عليه انّما هو العين و ما كان من توابعها الدّاخلهٔ فى البيع و ليست المنفعهٔ من هذا القبيل و انّما هى نماء المبيع فلاـ تكون مضـمونهٔ و منشأ الاحتمال الثانى وجوه الأوّل انّ العين مضـمونهٔ عليه و المنفعـهٔ من توابعها فتكون مضـمونهٔ و فيه نظر ظاهر ضرورهٔ انّ مجرّد التبعيّهٔ لا دليل على إيجابها الضّمان بعد كون ضمان البائع مخالفا للقاعدهٔ و كون مورد النصّ العين دون المنفعهٔ الثـانى انّ ذلـك نقص دخـل على المبيع قبـل القبض فيكون من ضـمان البـائع و فيه انّ المضـمون على البـائع انّما هو تلف المبيع و امّا النقص الـداخل عليه فكونه مضـمونا عليه ممّـا لاـ دليـل عليه فيبقى تحت قاعـدهٔ كون التّلف ممّن انتقـل اليه الثّالث انّ المنفعـهٔ كالنماء المتّصل و قـد قيل انّه مضـمون كما لو سـمن فى يـد البائع ثمّ هزل و فيه انّ الحق عـدم ضـمان البائع النماء المتّصل الحاصل بعد العقد لاختصـاص دليـل الضّـمان بالمبيع فيبقى النماء تحت الأصل و لو سـلّم فقـد يقال انّ النّقص الـدّاخل على المبيع من أجنبىّ ضـمانه مع اختيار المشترى اللّزوم على الأجنبىّ لا على البائع فيختصّ

ص: ۲۲۶

(- ح-) الغاصب بالرّجوع علیه

[القول فی أحکام القبض]

[مسألة من أحکام الضمان انتقال الضمان ممن نقله إلی القابض]

قوله طاب ثراه إجماعا مستفیضا (- اه-)

قد ادّعی الإجماع فی الغنیة و (- ئر-) و (- مع صد-) و (- الروضة-) و المستند و الجواهر و محکی کشف الرّموز و غیرها و نفی معرفة الخلاف فیه فی الکفایة و نفی الخلاف فیه عندنا فی (- کرة-) و جزم بعد الخلاف فیه فی مجمع الفائدة

قوله طاب ثراه و مرجعه الی ما ذکره فی (- کرة-)

قد سبقه فی ذلک الشیخ (- ره-) فی (- ط-) و تبعه المحقّق و الشّهید الثّانیان و غیرهما بل فی مفتاح الکرامة انّه لا خلاف فیه بینهم

قوله طاب ثراه فیوهم ضمانه بالمثل و القیمة (- اه-)

قد صرّح بعدم ضمانه للمثل و القیمة جمع منهم المحقّق الثّانی (- ره-) فی (- مع صد-) حیث قال لیس للمشتری مطالبة البائع بالمثل و القیمة لما قلناه من انّ معنی کونه مضمونا علیه انّه بالتّلف ینفسخ العقد و یرجع الی ملکه و لیس هو کغیره من المضمونات الّتی تضمن بالمثل أو القیمة لأنّ المشتری ما استقرّ ملکه للمبیع حیث لم یقبضه فکان متزلزلا فعند التّلف تعذّر احد العوضین فبطلت المعاوضة انتهی و غرضه انّه لا مال للمشتری حتّی یطالب البائع بعد التّلف بمثله أو قیمته و یمکن الاستدلال علی عدم استحقاقه المثل و لا القیمة بوجه أخر أجلی و هو انّ استحقاق المطالبة بالمثل أو القیمة انّما هو من آثار الضّمان الّذی هو من آثار الإتلاف و هنا لا إتلاف من البائع لأنّ الفرض کما ستسمع إنشاء اللّه تعالی هو کون التلف بافة من اللّه تعالی من غیر تفریط من البائع و الّا فلو کان التلف منه أو بتفریطه ثبت الضّمان بلا ریب و حیث کان المفروض عدم کون التّلف من البائع کان حکمه حکم الأمین لا یضمن المثل و لا القیمة فتعیّن بطلان البیع من حین التّلف بدلیل خاصّ هو النصّ و الإجماع کما عرفت لا الضّمان المسوغ لمطالبة المشتری البائع بالمثل أو القیمة لأنّه ممّا لا دلیل علیه

قوله طاب ثراه و یدلّ علی الحکم المذکور (- أیضا-) روایة عقبة بن خالد (- اه-)

قد رواها ثقة الإسلام (- ره-) عن محمّد بن یحیی عن محمّد بن الحسین عن محمّد بن عبد اللّه بن هلال عن عقبة بن خالد و لا یضرّ ضعف سندها بمحمّد بن عبد اللّه بن هلال بعد انجبارها بعمل الطّائفة کما لا یقدح تضمّنها للإخراج من البیت الّذی لا یقول به احد لکون الإخراج من البیت کنایة عن الإخراج عن السّلطنة و رفع الید فلا تکون الرّوایة متضمّنة لما لا یقول به احد حتّی توهن بذلک

قوله طاب ثراه و لعلّ الرّوایة أظهر فی الدلالة (- اه-)

وجه الأظهریّة ظهور الجواب عقیب السّؤال فی کون التّلف من مال البائع (- فت-)

قوله طاب ثراه و یترتّب علی ذلک کون النّماء قبل التّلف للمشتری (- اه-)

قد ذکر فی الرّیاض فی ذلک وجهین حیث قال هل النّماء بعد العقد قبل التّلف بالآفة للمشتری أو البائع وجهان مبتیان علی انّ التلف هل هو امارة الفسخ للعقد من حینه أو من أصله ظاهر (- لک-) و غیره الأوّل مشعرا بدعوی الاتّفاق علیه و هو مقتضی القاعدة و استصحاب الحالة السّابقة لکن ینافیه ظاهر النصّ کعبارات الجماعة فیحتاج الی تقدیر دخوله فی ملک البائع انا ما و یکون التّلف کاشفا عنه مثل دخول الدّیة فی ملک المیّت و العبد المأمور بعتقه فی ملک المعتق عنه و حکی الثانی فی (- کرة-) وجها انتهی قلت لم افهم من (- لک-) الإشعار بالاتّفاق نعم استظهر فی مفتاح الکرامة عدم الخلاف فیه و ما ذکره من کون ذلک مقتضی القاعدة لا

بأس به لانّ البيع يملك بالعقد فيتبعه النّماء كما لا بأس باستصحاب ملك المشترى النّماء قبل التّلف و امّا ما ذكره من ظهور النصّ و عبائر الجماعة فی خلاف ذلك فلا يخلو من نظر ضرورة انّ كون التّالف من مال البائع الموجود فی النصّ و الفتوى لا اشعار فيه بكون الفسخ من أصله فضلا عن الظهور و امّا ما ذكره من التقدير ففی الجواهر انّه قد لا يحتاج اليه و يكون المراد من النصّ و الفتوى ان حكم هذا التّالف ما لو كان مالا للبائع أی لا يستحقّ بالعقد ثمنا على المشترى بمعنى انّه يبطل اثر العقد بالنّسبة الى ذلك و إن كان قد تلف و هو على ملك المشترى و أقصاه تحكيم النّبوى المنجبر بعمل الأصحاب على غيره ممّا يقتضى خلافه و كان مقصوده المقدّر مراعاة رجحان الجمع على الطّرح انتهى و أقول انّ ما ذكره (- قدّه-) لا يخلو من إجمال و توضيحه انّ لنا قاعدتين إحديهما ملك المشترى المبيع بنفس العقد و الأخرى كون تلف المبيع قبل القبض من مال البائع و صاحب الرّياض (- قدّه-) زعم وقوع التّعارض بين القاعدتين و كون حكمهم بالدّخول انا ما فی ملك البائع قبل التّلف و كون التّلف كاشفا عنه مسوقا لدفع ما زعمه من الإشكال فاعترض عليهم بعدم الظّهور من النصّ و غرض صاحب الجواهر (- ره-) هو الاعتراض عليه بان ما ذكره جمع بين القاعدتين جميعا و لكن فيه ما لا يخفى بل الرافع لإشكال التعارض ما ذكر عند الكلام فی أصل المسئلة من انّ التعارض بين هذه القاعدة و قاعدة ملك المشترى المبيع بنفس العقد انّما هو على وجه العموم و الخصوص المطلق فأدلّة هذه القاعدة مخصّصة لأدلّة تلك و امّا تصريحهم بالدّخول انا ما فی ملك البائع قبل التّلف فالوجه فيه انّما هو الاقتصار فيما خالف الأصل على القدر المتيقّن لأنّهم لمّا فهموا من الأخبار عدم مطالبة البائع بالمثل أو القيمة كما هو ظاهر قوله عليه السّلام من مال بائعه لأنّ قضيّة نسبة المال إلى البائع هی ان يكون قد خرج عن ملك المشترى و دخل فی ملك البائع و ضمان المثل و القيمة انّما يتصوّر ان لو كان التّلف من مال المضمون له و انّما يجب عليه دفع الثّمن الّذى دفعه المشترى اليه و كان ذلك فی الحقيقة انفساخا وجب الاقتصار فی محلّه على المتيقّن و هو أخر زمان قد اتّصل بحين التّلف و لذا حكموا بانّ النّماء المتجدّد بين العقد و التّلف للمشترى فلم يبق الّا استبعاد دخوله فی ملكه قبل التّلف انا ما بلا دليل و فيه انّ الدّليل موجود بعد ان تبيّن دلالة الرّواية عليه بضميمة الأصل مضافا الى انّه لما انعقد الإجماع على عدم ملك العوض و المعوّض بلا تجدّد سبب من إتلاف و نحوه من احد المتعاقدين و قام الدّليل هنا على استحقاق المشترى لما دفعه من الثمن مع انّه مالك للثمن الى حين تلفه لوجوب استمرار حكم العقد وجب الحكم برجوع المثمن الى ملك البائع و الثمن الى ملك المشترى فی ان التّلف جمعا بين الأدلّة كما وجب الحكم بدخول الدّية فی ملك الميّت انا ما فأجروا عليها حكم المتروكات فتقضى منها ديونه و تخرج الحقوق و تقسم بين الورثة على نحو سائر الماليّات و لذا ترى انّ الشّهيد الثانی (- ره-) لما نقل فی (- لك-) عن (- كرة-) وجها بانّ الفسخ هنا يكون من أصله قال و عليه فلا يحتاج الى تقدير دخوله فی ملكه و ما هذا الّا من جهة إلغاء الأصل الموجب لتنزيل الرّواية على ما قرّرناه و عدم حصول الموجب الّذى ذكرناه و بانفساخ العقد من أصله لا يحصل جمع بين ملك العوض و المعوّض حتّى يحتاج الى التقدير بل ينكشف بالتّلف عدم ملك المشترى للمثمن أصلا

قوله طاب ثراه و فيه معناه الرّكاز الّذى يجده العبد

قال فی المصباح المنير الرّكاز المدفون من المال فی الجاهليّة فعال بمعنى مفعول كالبساط بمعنى المبسوط و الكتاب بمعنى المكتوب و يقال هو المعدن و أركز الرّجل اركازا وجد ركازا انتهى

قوله طاب ثراه و عليه يحمل رواية عقبة (- اه-)

هذه هی الحجّة فی إلحاق تعذّر الوصول اليه بالتّلف حيث انّ موردها السّرقة و الّا فمقتضى القاعدة هو قصر الحكم على ما يصدق معه التّلف عرفا لاقتضاء

ص: ٢٢٧

لزوم الاقتصار فيما خالف أصالة بقاء ملك المشترى التّالف المقتضى لكون التّلف منه على مورد النصّ و هو التّلف قبل القبض فكلّما صدق هذا العنوان جرى الحكم و يرجع فى غيره الى الأصل

قوله طاب ثراه لبقاء الماليّة (- اه-)

الوجه فى بقائها هو إمكان الانتفاع به بعتق و نحوه

قوله طاب ثراه و فى غير موضع ممّا ذكره تأمّل (- اه-)

لعلّ من جملة مواضع التأمّل إطلاقه كون وقوع الدّرة فى البحر و انفلات الطّير و الصيد من التّلف مع انّ ذلك مقيّد بما إذا لم يكن استعادته و قد كان عليه تقييده بذلك إذ قد يرجى استعادته كما جعل رجاء عود العبد مانعا من الانفساخ و منها تقويته سلطنة البائع على فسخ العقد بمجرّد هرب المشترى مع انّه غير مندرج فى شيء من عناوين الخيارات

قوله طاب ثراه فلو وقع بغير إذن ذى اليد كفى (- اه-)

الوجه فى ذلك هو دوران الحكم مدار القبض الّذى هو الأخذ و الأصل عدم اشتراط كونه بإذن ذى اليد

قوله طاب ثراه و لو لم يتحقّق الكيل و الوزن (- اه-)

يأتى فى باب بيع ما لو لم يقبض توضيح الحال فى ذلك إنشاء اللّه تعالى

قوله طاب ثراه لا يخلو السّقوط من قوّة و ان لم نجعله قبضا (- اه-)

لم افهم وجه القوّة بل هو ممّا لا وجه له أصلا إذ بعد كون الحكم مرتّبا فى النصّ و الفتوى على القبض و عدم صدق القبض لغة و لا عرفا و لا شرعا على التخلية كما هو الفرض يصدق على التّلف بعد التّخلية قبل القبض انّه تلف قبل القبض فيترتّب عليه كون التّلف من البائع و مثله الحال فى وضع اليد من دون نقل بناء على اعتبار النّقل فيه

قوله طاب ثراه فالظّاهر عدم الخلاف (- اه-)

قد تنظر فى الحكم سيد الرّياض و لعلّه للإطلاق و منع انصرافه الى غيره فيكون التّلف من البائع و العقد منفسخا بذلك و يرجع هو على البائع بالثمن و البائع عليه بمثل المبيع إن كان مثليّا أو قيمته إن كان قيميّا و لعلّ هذا أشبه لمنع الانصراف المبنى على شيوع الاستعمال المفقود فى المقام و لا أقلّ من الشكّ المورث لتحكيم أصالة الإطلاق (- فت-)

قوله طاب ثراه ففى كونه كالتّلف السّماوى وجهان

من استصحاب الضّمان الثابت قبل تصرّفه جهلا و من انّه قد تصرّف فى ملكه و أتلفه فلا يكون ضمانه على البائع و لا تغرير منه حتّى يزول اثر فعل المالك و انّ النصّ منصرف الى غير الفرض (- فت-)

قوله طاب ثراه لعموم التّلف فى النصّ (- اه-)

فان قوله عليه السّلام من مال صاحب المتاع حتّى يقبض المتاع دالّ على علّية عدم قبض المبيع لكون التّلف من البائع و النبوى (- ص-) (- أيضا-) يشمل بإطلاقه للفرض

قوله طاب ثراه فيتخيّر المالك (- اه-)

فيه انّ تخيير المالك لا وجه له إذ لا ضرر عليه و انّما الضّرر على المشترى حيث لم يسلم له المبيع و لم يسلّم اليه

قوله طاب ثراه اقويهما العدم (- اه-)

وجه القوّة انّ جواز الحبس على خلاف القاعدة فيلزم الاقتصار فيه على مورد النصّ و هو نفس المبيع و بدليّة القيمة لا تقتضى جريان جميع احكام العين عليها

قوله طاب ثراه الّا انّ المتعيّن منها هو التخيير (- اه-)

(۱۱) لا يخفى عليك انّ الأظهر هنا هو انفساخ البيع لان مورد خبر عقبة هى السّرقة الّتى هى أخذ الأجنبى للمبيع فلا وجه لترك الحكم فى مورد النصّ و جعل إتلاف من لا يعرف بعينه كالسّرق من التّلف السّماوى كما صدر من شيخ الجواهر (- ره-) و غيره إن كان جعل اصطلاح فلا مشاحة فيه لكن لا يضرّنا و لا ينفع الخصم و إن كان بيانا لمفهوم الرّواية ففى غاية السّقوط و تعليل استحقاق المشترى إلزام الأجنبىّ بالمثل أو القيمة بإتلافه عليه ماله لا وجه له بعد افادة النصّ خروج المبيع من ملكه الى ملك البائع و حرمة الإتلاف على الأجنبى لكونه عاديا فيطالب (- ح-) بما أتلفه لا ينافى تحقّق الانفساخ به للنصّ و إن كان اثما بالفعل

[مسألة تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين]

قوله طاب ثراه و بالجملة فالظّاهر عدم الخلاف فى المسئلة

(۱۲) بل يظهر من بعضهم دعوى الاتفاق عليه و عن ظاهر (- ف-) دعوى الإجماع عليه لكن لا يخفى عليك انّ ظاهر قصر جماعة على ذكر البيع هو عدم لحوق الثمن بالمبيع فى الحكم المذكور و به افتى بعض الأواخر صريحا نظرا منه الى انّ الحكم مخالف لقاعدة انتقال كلّ من العوضين بنفس العقد المقتضية لكون التّلف ممّن انتقل عليه فيقتصر فى الخروج عنها على مورد النصّ و الإجماع و هو المبيع و يبقى الثّمن تحت القاعدة

قوله طاب ثراه و يمكن ان يستظهر من رواية عقبة (- اه-)

(۱۳) ربّما نوقش فى ذلك بانّ الضّمان فيه أعمّ من الانفساخ الحاصل بتلف المبيع و فيه نظر

قوله طاب ثراه بناء على صدق المبيع على الثمن (- اه-)

(۱۴) أراد بالصّدق لغة و التفرقة فى العرف و إن كانت موجبة للقصر على المبيع لكون الخطاب محمولا على العرفى عند التّعارض الّا انّ ذلك موقوف على العلم بتحقّق العرف فى أيّام صدور الخطاب و الأصل عدمه

قوله طاب ثراه كما قال فى (- كرة-) (- اه-)

(۱۵) غرضه بنقل العبارة إثبات صدق المبيع على الثمن بإطلاق العلّامة (- ره-) إيّاه عليه و الإنصاف ان صدق المبيع على الثمن لغة غير معلوم و إطلاق العلامة (- ره-) أعمّ من الحقيقة

قوله طاب ثراه و ظاهر هذا الكلام كونه مسلّما بين الخاصّة و العامّة

(۱۶) قلت الخروج عن القاعدة المقتضية لكون التّلف ممّن انتقل اليه بمثل ذلك مشكل فالقصر على البيع أقوى و اللّه العالم ثمّ انّه بقى فرع لم يتعرّض له (- المصنف-) (- ره-) و هو انّه لو كان عدم القبض لامتناع المشترى من التسلّم فقد صرّح جمع بكون التّلف منه بل نفى فى الجواهر وجدان الخلاف فيه تمسّكا بالأصل السالم عن معارضة القاعدة بعد انصرافها الى غيره و لى فى ذلك نظر و إشكال لأنّ الانصراف على فرض تسليمه لا يجرى فى خبر عقبة لكون مورده عدم القبض لامتناع المشترى فان قلت انّ الرّواية ضعيفة قلت قد انجبرت بالشهرة و صارت حجّة بديعة فما معنى رفع اليد عنها و التعلّق بالأصل و كذا الحال فيما لو كان التّأخير بالتماس منه بعد العرض عليه و التمكين منه نعم بناء على القول بكون القبض هو التخلية يكون التمكين و التخلية قبضا و يكون التّلف بعد ذلك من المشترى لكن قد عرفت انّ القول بكون القبض عبارة عن التخلية بمعزل عن التحقيق بل القبض من البائع هو الإعطاء و من المشترى هو الأخذ فينبغى استعلام انّ القبض المعلّق عليه انتقال الضّمان إلى المشترى هل هو بمعنى إعطاء البائع أو أخذ المشترى و الحقّ انّ المدار على حصولهما جميعا لأصالة بقاء الضّمان و كون مورد خبر عقبة ترك المشترى المبيع فى يد البائع المستلزم لكون المدار على أخذ البائع فالقول بالضّمان لا يخلو من قوّة ان لم يكن إجماعا على خلافه

[مسألة لو تلف بعض المبيع قبل قبضه]

قوله طاب ثراه و فيه تأمّل (- اه-)

(۱۷) لعلّ وجهه اتّحاد نقصان الجزء و نقصان الصّيفة فى الحكم لاشتراكهما فى الاندراج تحت النّقص عن الخلقة الأصليّة الّذى هو ميزان العيب الموجب للخيار بين الرد و الأرش فجعل نقصان الجزء أظهر بالنّسبة إلى ثبوت الأرش من نقصان الوصف ممّا لا وجه لكن ظاهر قول الماتن (- ره-) بعد ذلك بل ظاهر (- يع-) (- اه-) هو كون تأمّله فى أصل ثبوت الأرش هنا و عليه فوجه التأمّل ما سيأتى من حجّة القول بعدم ثبوت الأرش

قوله طاب ثراه فتأمّل

(۱۸) لعلّ وجهه انّ عبارة (- يع-) انّما نطقت بالتردّد فى ثبوت الأرش فى صورة نقص القيمة بسبب حدوث حدث فيه و التردّد ليس ظاهرا فى العدم

قوله طاب ثراه و الظاهر المصرّح به فى كلام غير واحد (- اه-)

ص: ۲۲۸

قد صرّحوا بذلك هنا و فی فروع بیع الحیوان و فروع العیب بل قطع به فی المهذّب البارع و نفی الخلاف فیه فی مجمع الفائدة و الکفایة و الجواهر و غیرها و استظهر اتّفاق الأصحاب علیه فی (- ئق-) و کشف الظّلام و فی باب بیع الحیوان من (- الروضة-) انّه موضع وفاق و عن کشف الرّموز الإجماع علیه و لکن اعترف جماعة بعدم العثور فی ذلک علی نصّ و علیه فان تمَّ الإجماع کان هو الحجّة و الّا فللتأمّل مجال واسع لبقاء قاعدة کون النّقص علی من انتقل الیه بعد حدوثه فی زمان استقرار ملکه علیه سلیمة عن المتعارض و ربّما تعلّق فی الجواهر فی ذلک بأصالة صحّة العقد و الضّرر بإلزامه بقبوله علی هذا الحال و انّه قد علم من حکم التّلف قبل القبض إرفاق الشارع بالمشتری خاصّة دون البائع و جبر ضرره المشابه للانفساخ انّما هو بالخیار و أنت خبیر بما فیه ضرورة انّ الثابت سابقا انّما هو الصّحة و اللزوم معا فاستصحاب أحدهما و هو الصّحة دون الأخر و هو اللّزوم ممّا لا وجه له و امّا ما أشار إلیه من علّة الإرفاق ففیه انّه علّة مستنبطة لا اعتماد علیها فی تأسیس الأحکام الشرعیّة مع انّ لازم إلحاق نقص القیمة بالتّلف هو ابطال البیع کما فی الأصل لا إثبات الخیار نعم لا بأس بقاعدة الضّرر فی نفسها الّا انّه لا مجری لها فی قبال کون النّقص علی من وقع النّقص فی ملکه و (- أیضا-) کما انّ إلزام المشتری بقبول النّاقص ضرر علیه فکذا إلزام البائع باسترداد المبیع ناقصا ضرر علیه و لا مزیّة لضرر المشتری ان لم تکن المزیّة لضرر البائع الموجبة لتقدیم حاله نظرا الی عدم وقوع النّقص فی ملکه بل فی ملک المشتری و بالجملة فما تعلّق به فی إثبات الحکم لا وجه له فالأولی التعلّق فی ذلک بالنبوی (- ص-) کلّ مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه و خبر عقبة بضمیمة عدم القول بالفصل بین التّلف و نقص القیمة بعیب حادث فان تمَّ ذلک کان هو الحجّة و الّا کانت القاعدة المشار إلیها محکمة ثمَّ ان غیر واحد من الأواخر منهم صاحب الجواهر (- ره-) صرّح بعدم الفرق فی ذلک بین کون العیب بافة سماویّة أو بفعل البائع أو الأجنبیّ و إطلاق کلمات الباقین یقضی بعدم الفرق نعم صرّح کاشف الظلام و غیره باختصاص الحکم بما إذا کان نقص القیمة بعیب حادث فی المبیع فلو کان لتفاوت السّوق لم یثبت الخیار فأصالة اللّزوم بالنّسبة إلی النّقص الحاصل من تفاوت السّوق محکمة ثمَّ انّه کما لا خلاف فی انّ للمشتری فی الفرض الردّ فکذا لا خلاف فی انّ له الإمساک مجّانا بل فی مجمع الفائدة انه إجماع و الوجه فیه ظاهر لتسلّط الناس علی أموالهم و حقوقهم و کذا لا إشکال فی جواز الإمساک مع الأرش بالتراضی من الطرفین بل نفی بعضهم الخلاف فیه و ادّعی أخر الإجماع علیه و استدلّ علی ذلک بأنّه أکل مال بالتراضی و هذا کلام مجمل فان کان المراد بقاء جواز امتناع الدافع بعد ذلک و رجوعه عن عطائه و انّما هو بمنزلة الهبة فلا بأس به و إن کان المراد انّه یجوز التّعاوض علی الردّ بدفع الأرش فی مقابلة قهر البائع علیه فمن المعلوم انّ ذلک لا یکون الّا بطریق الصّلح عن الحق و (- ح-) فالدّلیل علی المطلوب هو عموم أدلّة العقود و أدلّة الصّلح و علی ایّ حال فلا إشکال فی الحکم

قوله طاب ثراه ففی (- ف-) عدمه مدّعیا عدم الخلاف فیه (- اه-)

قال فی (- ف-) إذا حدث بالمبیع عیب فی ید البائع کان للمشتری الردّ و الإمساک و لیس له اجازة البیع مع عدم الأرش و لا یجبر البائع علی بذل الأرش بلا خلاف فان تراضیا علی الأرش کان جائزا و به قال ابن شریح و ظاهر مذهب الشّافعی انّه لا یجوز دلیلنا قوله علیه السّلام الصّلح جائزا بین المسلمین الّا ما حرّم حلالا أو أحلّ حراما انتهی و ربّما حکی نفی الخلاف فی ذلک عن (- ط-) (- أیضا-) و قد اختار هذا القول فی (- ظ-) و (- ئر-) و نکت (- یة-) و محکی کشف الرّموز و غیرها و حکاه الحلّی (- ره-) عن المفید فی المقنعة

قوله طاب ثراه لأصالة لزوم العقد و انّما ثبت الردّ لدفع تضرّر المشتری (- اه-)

لا یخفی علیک ما فی التمسّک بأصالة اللّزوم مع الالتزام بانّ له الردّ من النظر الظّاهر إذ لازم اللزوم عدم التسلّط علی الردّ (- أیضا-) و کون الردّ لدفع ضرر المشتری لا ینفع بعد اندفاع الضّرر بالأرش (- أیضا-) کالردّ فلا معنی للقصر علی الردّ الّا ان یقال انّ الضرورة تقدر بقدرها فاذا کان الضرر مرتفعا بالسّلطنة علی الردّ فقط لم یکن لإثبات الأرش وجه و الخروج عن أصالة اللزوم فی الردّ لقاعدة

الضّرر لا يوجب الخروج عنها فی الأرش من دون دليل و قد يستدلّ على هذا القول بأصالة برأيه ذمّة البائع من الأرش بعد عدم كون العيب بفعل منه و بلزوم الاقتصار فی الخروج عن قاعدة كون التّلف و النّقص من المنتقل اليه على القدر المتيقّن

قوله طاب ثراه و اختاره العلامة و الشهيدان (- ره-)

قد اختاره المحقّق (- أيضا-) فی (- يع-) و (- فع-) و اختاره العلّامة (- ره-) فی (- عد-) و (- شاد-) و (- كرة-) و (- لف-) و محكی (- ير-) و المقتصر و الفخر فی الإيضاح و الشهيدان فی اللمعتين و (- لك-) و محكی (- س-) و الفاضل المقداد فی التنقيح و المحقق الكركی فی (- مع صد-) و محكی تعليق (- شاد-) و الورع الأردبيلی (- ره-) فی مجمع الفائدة و هو ظاهر الوسيلة و غاية المراد بل صريح الثانی (- أيضا-)

قوله طاب ثراه بل عن (- لك-) انّه المشهور (- اه-)

النّسبة فی محلّها بل عن ظاهر (- كرة-) الإجماع عليه و إن كان هو كما ترى و حكى عن الفاضل القطيفی فی إيضاح (- فع-) انّه قال الّذی يقتضيه النّظر السّليم ثبوت الخيار للمشتری بين الردّ و الأرش لكن ان اختار الأرش فللبائع الخيار فی الفسخ و لم اسمع من قال بهذا من أصحابنا انتهى و أقول قد جعل أوّلا ما ذكره مقتضى النظر السّليم و اعترف أخيرا بكونه خرقا للإجماع فالذيل ينافی الصدر

قوله طاب ثراه و استدلّوا عليه بانّ الكلّ مضمون (- اه-)

قد يقرّر الدليل بوجه أخر و هو انّ الأرش عوض عن جزء فائت و إذا كانت الجملة مضمونة على البائع قبل القبض (- فكذلك-) اجزائها و أوصافها لأنّ المقتضی للضّمان فی الجميع و هو عدم القبض موجود فی الصّفات و الاجزاء فيثبت الحكم

قوله طاب ثراه و أورد عليه (- اه-)

ربّما قرّر الإيراد فی مفتاح الكرامة بأن المشبّه به لا ضرر فيه على البائع لأنّ التّلف موجب لبطلان البيع الموجب للتسلّط على استرداد الثمن خاصّة و لا (- كك-) ما نحن فيه فانّ فيه ضرر على البائع لعدم رضاه ببذل العين إلّا فی مقابلة تمام الثمن فأخذ المبيع منه ببعضه من غير رضاه تجارة عن غير تراض و يؤيّده انّ المال للمشتری فيكون العيب و التّلف منه خرج التّلف بدليله و بقی الباقی و لا ينتقض بأخذ الأرش فی العيب السّابق على العقد بدعوى ورود دليل المنع فيه (- أيضا-) لانّه مع علم البائع بالعيب فلا نقض إذ قد يكون الوجه فی أخذ الأرش المقابلة له بإقدامه على الضرر و التغرير و امّا مع الجهل فيدفع بالإجماع و فيه بلاغ مضافا الى الاعتبار و النّصوص ان تمّت دلالتها على ذلك لكن قد يدعى فی المقام الأولويّة العرفيّة و هی حجّة هذا و قد تبعه فی تقرير الردّ بهذا الوجه كاشف الظّلام و هو كما ترى و ليت شعری كيف صار دفع الأرش و أخذ الثمن المسمّى ضررا على البائع و لم يكن ردّ الثمن إلى المشتری و فوات وصف المبيع منه ضررا قوله انّ التّلف موجب لبطلان البيع الموجب للتّسلّط على استرداد الثّمن خاصّة مردود بانّ التّلف و ان أوجب استرداد الثمن خاصّة لكن

ص: ۲۲۹

مع عدم بقاء شيء للبائع بخلاف المقام الّذى لا يفوت منه الّا مقدار الأرش فكيف عدّ الأرش ضررا عليه و ذهل عن كون ذهاب وصف المبيع ضررا عليه الّا ان يجيب بانّ ضرر ذهاب الوصف ينجبر بتسلّطه على الفسخ و بعد ارتفاع الضّرر بالسّلطنة على الفسخ لا يبقى لإثبات الأرش وجه فتأمّل ثمّ انّ الأولى تقرير الإيراد على أصل الدّليل بوجه أخر و هو انّ مقتضى القاعدة هو كون التّلف و النّقص ممّن انتقل اليه خرجنا عن ذلك فى تلف العين كلّا أو بعضا بالنّبوى و غيره و بقى فوات الوصف بعد عدم صدق التّلف عليه و عدم اندراجه فى النّبوى و غيره تحت القاعدة و من هنا ظهر سقوط ما يذكره الماتن (- ره-) فى دفع الإيراد و تنقيح القول بثبوت الأرش بقوله و يدفع بان وصف الصّحة لا يقابل ابتداء (- اه-) و قد تفطّن هو (- قدّه-) (- أيضا-) لذلك فقال فى ذيل كلامه انّه قد يشكل الحكم المذكور بعدم الدليل على ضمان الوصف (- إلخ-) مضافا الى ما يخطر بالبال القاصر من انه على فرض لحوق فقد الوصف بالتّلف فاللّازم انفساخ العقد فيه كانفساخه فى التّلف و اين ذلك من ثبوت الأرش و السّلطنة على الردّ فتدبّر جيّدا

قوله طاب ثراه و يؤيّد ما ذكرنا من اتّحاد معنى الضّمان (- اه-)

ربّما جعل الصّحيحة بعضهم دليلا للقول بثبوت الأرش بتقريب انّ الحدث بإطلاقه أو عمومه النّاشى من ترك الاستفصال يشمل نقص الجزء و الصّفة و قد اثبت ضمانه على البائع و كون بعض ما فى الخبر و هو توقّف الملك على انقضاء الخيار متروك الظاهر غير ضائر على انّه قد يحمل صيرورة المبيع على استقراره و لزومه و قد يحمل مصير المبيع اليه على ارادة قبضه و ان بعد و القول بانّ الظاهر من الحدث ما كان من قبيل الموت خلاف الظّاهر كذا قيل فى توجيه الخبر و أنت خبير بأنّه لو سلّم ذلك ففيه قصور من وجه أخر هو عدم دلالته على ان تعلّق الضّمان بالبائع مشروط بكونه قبل القبض بل هو دالّ على تعلّقه به قبل انقضاء زمان الخيار و قد ينقضى الخيار قبل القبض و قضيّة المفهوم (- أيضا-) ان ليس عليه فى هذه الصّورة ضمان و ذلك خلاف غرض المستدلّ و تتميم المطلوب بعدم القول بالفصل بين كون الضّمان فى زمان الخيار على البائع و بين كونه بعد انقضائه قبل القبض كما ترى و ربّما استدلّ فى (- لف-) و الإيضاح و التنقيح على هذا القول بوجه ثالث و هو انّ إلزام المشترى بالردّ أو الإمساك مجّانا نوع ضرر عليه إذ الحاجة أقدمته على المعاوضة و الّا لم توجد فإلزامه بجميع الثمن ضرر عظيم لأنّه دفعه فى مقابلة الجميع بصفاته فلا يجب دفعه عن العوض و فيه ما مرّت إليه الإشارة من انه كما ان إلزام المشترى بالردّ أو الإمساك مجانا ضرر عليه فكذا إلزام البائع بدفع الأرش ضرر عليه و كما انّ المشترى دفع الثمن فى مقابلة الجميع بصفاته فكذا البائع قد دفع المبيع فى مقابل جميع الثمن و العيب حدث فى ملك المشترى و لقد أجاد سيّدنا فى مفتاح الكرامة حيث قال فى مقام الجواب انّ حاجة المحتاج لا تؤثر أثرا فى مال أخر و هؤلاء الفقراء محتاجون إلى أموال الأغنياء و مع ذلك لا يجوز أخذهم منهم قهرا شيئا

قوله طاب ثراه فان كان هو المشترى فلا ضمانه بأرشه (- اه-)

قلت و لا بالردّ و الوجه فى ذلك ظاهر لأنّه بمنزلة إتلافه الجميع لاختصاص دليل الخيار بما إذا لم يكن هو المباشر لإحداث العيب و احتمال الانفساخ فى إتلاف الجميع مع رجوع البائع عليه بالمثل و القيمة مع تسليمه فى نفسه لا مساغ لجريانه هنا مع ان فساد الاحتمال المذكور كنار على علم لاختصاص دليل كون الضمان على البائع ما لم يقبض المبيع بما إذا كان التّلف أو التعيّب بغير فعل المشترى بحكم الانصراف

قوله طاب ثراه و الّا كان له على الجانى أرش جنايته (- اه-)

اى ان لم يكن العيب من المشترى و لا بافة سماويّة بأن كان بفعل الأجنبى كان للمشترى على الجانى أرش جنايته لما أشار إليه الماتن (- ره-) ثمّ انّ إطلاق العبارة يشمل ما إذا كان العيب بفعل أجنبيّ أو بفعل البائع و لكن فى صورة كون العيب بفعل البائع وجوه ثلثة أحدها ثبوت الخيار بين فسخ العقد و الإمساك بالأرش افتى به فى (- لك-) حيث قال انّه لو كان العيب من البائع أو من أجنبيّ تخيّر المشترى بين الرّجعة على المتلف بالأرش و بين فسخ العقد انتهى و الوجه فى الخيار إطلاق دليله و فى الأرش ضمان من أتلف ثانيها

ثبوت الأرش من غير خيار نظرا الى انصراف إطلاق دليل الخيار لما إذا كان التّلف من غير البائع فلا يثبت إلّا الأرش للإتلاف ثالثها عدم ثبوت الخيار لانصراف دليله الى غير الفرض و عدم ثبوت الأرش لأنّ الأرش ظاهر فى التفاوت بالنّسبة إلى الثمن و اللّازم انّما هو ثبوت ما بين القيمتين فتدبّر

قوله طاب ثراه و مع الفسخ يرجع البائع على الأجنبىّ بالأرش

الوجه فى ذلك ظاهر ضرورة كون المبيع بالفسخ مال البائع فيكون هو المطالب للأجنبى بالأرش هذا إذا فسخ المشترى العقد و امّا لو لم يفسخ فهل يرجع الى البائع بعوض النّقص أو الى التلف وجهان من انّ المبيع فى ضمان البائع فيكون هو المطالب بالتفاوت غاية ما هناك انّه يرجع به على المتلف و من انّ ضمان البائع للمبيع بالنّسبة الى ما إذا كان التّلف من الأجنبى غير معلوم فلا رجوع عليه بل على المتلف و الإنصاف شمول دليل كون المبيع فى ضمان البائع لما إذا كان التّلف بفعل أجنبىّ فيكون مخيّرا بين الرّجوع على كلّ من البائع و المتلف كما فى الغصب

[فى حرمة بيع المكيل و الموزون قبل قبضه إلا تولية]

قوله طاب ثراه لصحيحة منصور بن حازم المرويّة فى الفقيه (- اه-)

و رواها الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن منصور بن حازم عن أبى عبد اللّه عليه السّلام

قوله طاب ثراه و صحيح الحلبى فى الكافى (- اه-)

رواه فى الكافى عن محمّد بن يحيى عن احمد بن محمّد عن ابن ابى عمير عن حمّاد عن الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السّلام و رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن ابن مسكان و فضالة بن أيّوب عن ابان جميعا عن الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السّلام و دلالته مبتيّة على كون كلمة لا يصلح دالّة على الحرمة و امّا بناء على انّها من الألفاظ المشتركة فلا تدلّ إلّا بمعونة باقى الأخبار و (- أيضا-) مورده البيع قبل الكيل و الوزن فلا ربط له بالبيع قبل القبض ثمّ انّ الاستدلال به مع ان مورده الطّعام انما هو لدلالته على بعض المطلوب

قوله طاب ثراه و صحيحة الأخرى فى الفقيه (- اه-)

قد رواها الشيخ (- ره-) (- أيضا-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن ابن مسكان عن الحلبى و موضع الدّلالة ذيلها حيث يدلّ على المنع من بيع الطعام بل مطلق المكيل بحكم عموم العلّة و دلالته على بعض المدّعى و هو المستثنى منه و لا تعرّض فيه للمستثنى و هو جواز البيع

قوله طاب ثراه اشتروا بزّا

البزّ من الثّياب أمتعة التّاجر و منه البزّاز

قوله طاب ثراه و رواية معاوية بن وهب (- اه-)

هذه (- أيضا-) صحيحة السّند لانّ الشيخ (- ره-) رواها بإسناده عن الحسين بن سعيد عن علىّ بن النّعمان عن معاوية بن وهب ثمّ انّه قال فى الوافى بعد ذكر الحديث ما لفظه يعنى الّا ان يبيعه تولية أى الثّمن الّذى اشتراه و هو معنى الّذى قام عليه انتهى و أنت خبير بأنّ الّذى قام عليه يشمل غير الثمن (- أيضا-) و يشهد بذلك ما ذكره العلّامة (- ره-) فى (- كرة-) حيث قال و لبيع المرابحة عبارات أكثرها دورانا على الألسنة ثلثة الأولى بعتك بما اشتريت أو بما بذلت من الثمن و ربح كذا الثّانية بعتك بما قام علىّ و ربح كذا أو بما هو علىّ و ربح كذا الثّالثة بعتك برأس المال و ربح كذا فاذا قال بالصّيغة الأولى لم يدخل فيه إلّا الثمن خاصّة و إذا قال بالثانية دخل فيه الثمن و ما عزمه من اجرة الدّلال و الكيال و الحمّال و الحارس و القصار

ص: ۲۳۰

و الرّفاء و الصّباغ و الخیاط و قیمهٔ الصّبغ و اجرهٔ الختان و تطیین الدّار و سائر المؤن الّذی یحفظ فیه المتاع لانّ التربّص رکن فی التجارهٔ و انتظار الأرزاق و امّا المؤن الّتی یقصد بها استیفاء الملک دون الاسترباح کنفقهٔ العبد و کسوته و علف الدابهٔ فلا تدخل فیه انتهی و علی هذا فیستفاد من الرّوایهٔ وقوع التولیهٔ علی الوجه الّذی تضمّنته هذا و لکن لی فی انطباق الرّوایهٔ علی محلّ البحث نظر من حیث انّ السّؤال و إن کان عن البیع قبل القبض الّا انّ الجواب بعدم جواز بیع المکیل و الموزون الواقع علیهما الشراء من غیر کیل و لا وزن الا بعد ان یکیله أو یزنه اخرج الرّوایهٔ عما نحن بصدده فانّ هناک أمرین أحدهما عدم جواز بیع المکیل و الموزون قبل القبض و الأخر عدم جواز بیع المکیل و الموزون قبل ان یکال أو یوزن و المسئلتان انّما یرجعان إلی أمر واحد ان قلنا انّ القبض فی المکیل و الموزون هو الکیل و الوزن و امّا علی ما حقّقناه من کونه بمعنی الأخذ (- مط-) أو علی الأقوال الأخر فالموضوعان متغایران و لا یکون الحکم فی أحدهما حکما فی الأخر فإنّه (- ح-) لو کیل و وزن بمحضر المشتری و لکنه لم یأخذه و لم یتسلّمه فلازم الخبر المذکور صحّهٔ البیع و لازم القول بتوقّف صحّهٔ بیع المکیل و الموزون علی القبض عدم الصّحهٔ و (- أیضا-) لو لم یکل و لم یوزن لکن المشتری قبضه فلازم القول المذکور صحّهٔ بیعه له و لازم الرّوایهٔ عدم الصّحهٔ کما لا یخفی

قوله طاب ثراه و صحیحهٔ منصور فی الفقیه

قد رواها الشیخ (- ره-) (- أیضا-) بإسناده عن الحسین بن سعید عن القاسم بن محمّد عن ابان عن منصور

قوله طاب ثراه و صحیح الحلبی (- اه-)

لم أقف علی سند هذه الرّوایهٔ و کفی بالماتن (- ره-) مصحّحا

قوله طاب ثراه و خبر حزام (- اه-)

رواه الحسن بن محمّد الطّوسی فی مجالسه عن أبیه عن ابن حمویه عن الهزالی عن أبی خلیفهٔ عن مسدّد بن شرهد عن ابی الأحوص عن عبد العزیز بن رقیهٔ عن عطا بن ابی ریاح عن حزام بن حکیم بن حزام

قوله طاب ثراه و مفهوم روایهٔ خالد بن الحجّاج

رواها الشیخ (- ره-) بإسناده عن الحسین بن سعید عن ابن مسکان عن ابن الحجّاج الکرخی و زاد بعد ما فی المتن من قوله کما اشتریت قوله و لیس لک ان تدفع قبل ان تقبض قلت فاذا قبضته جعلت فداک فلی أن أدفعه بکیله قال لا بأس بذلک إذا رضوا

قوله طاب ثراه و مصحّحهٔ علی بن جعفر (- اه-)

قد رواها الشیخ (- ره-) بإسناده عن علیّ بن جعفر عن أخیه علیه السّلام انه سئل أخاه موسی بن جعفر علیهما السّلام عن الرّجل إلی أخر ما فی المتن و زاد قوله و سئلته عن الرّجل یشتری الطّعام أ یحلّ له ان یولّی منه قبل ان یقبضه قال إذا لم یربح علیه شیئا فلا بأس فإن ربح فلا یبع حتّی یقبضه و الی هذه الزّیادهٔ أشار الماتن (- ره-) بقوله و فی معناها روایته الأخری و روی فی الوسائل عن کتاب علیّ بن جعفر و عن الحمیری فی قرب الإسناد عن عبد اللّه بن الحسن عن علیّ بن جعفر و متنه مثل ذلک فی السّؤالین و الجوابین جمیعا و إذ قد عرفت ذلک کلّه فاعلم انّ صحیحهٔ منصور الأولی و روایهٔ معاویهٔ بن وهب و صحیحهٔ علیّ بن جعفر المزبورات منطبقهٔ علی تمام مدّعی الماتن (- ره-) من حرمهٔ بیع المکیل و الموزون قبل القبض مرابحهٔ و جواز البیع تولیهٔ و بها و مثلها فی الانطباق علی تمام مدّعی الماتن (- ره-) خبران اخران أحدهما خبر ابی بصیر الآتی فی المتن ثانیهما الموثق الّذی رواه الشیخ (- ره-) (- أیضا-) بإسناده عن الحسین بن سعید (- ره-) عن ذرعهٔ عن سماعهٔ قال سئلته عن الرّجل یبیع الطّعام أو الثمرهٔ و قد کان اشتراها و لم یقبضها قال لا حتّی یقبضها الا ان یکون معه قوم یشارکهم فیخرجه بعضهم من نصیبه من شرکته بربح أو یولّیه بعضهم فلا بأس و بهذه الأخبار یجمع بین الأخبار الأخر و امّا سائر ما ساقه الماتن (- ره-) من الاخبار فدلالتها علی تمام مدّعاه بالاجتماع و الّا فکلّ منها متضمّن لبعض مطلوبه فإنّ صحیحهٔ الحلبی الأولی نطقت بالشقّ الأول من مطلوبه و هو المنع من بیع المکیل قبل القبض و کذا صحیحته

الأخری و صحیح منصور الثانی و خبر حزام و مفهوم خبر خالد بن الحجّاج الکرخی و امّا صحیح الحلبی الثالث فقد تضمّن الشقّ الأوّل و کذا الثانی و هو جواز بیع المکیل و الموزون قبل القبض تولیة الّا انّ مورده خصوص الطّعام کما لا یخفی

قوله طاب ثراه خلافا للمحکی عن الشیخین (- اه-)

قال فی المقنعة لا بأس ببیع ما استوجبه المبتاع قبل قبضه إیّاه و یکون قبض المبتاع الثانی له نائبا عن قبض الأول و یکره ذلک فیما یکال أو یوزن و لیس بمفسد للبیع و لا مانع عن مضیّه انتهی و قد اختار ذلک فی (- یع-) و (- فع-) و (- لف-) و الإیضاح و التنقیح و (- مع صد-) و مجمع الفائدة و محکی الکافی لأبی الصّلاح و (- س-)

قوله طاب ثراه و المشهور بین المتأخّرین

قد ادّعی الشهرة بین المتأخرین فی (- ئق-) و الجواهر (- أیضا-) و قد وقع الاستدلال فی کلماتهم علی هذا القول بوجوه غیر ما أشار إلیه الماتن (- ره-) من النّصوص و غیرها الأوّل الأصل تمسّک به فی مجمع الفائدة و الظاهر انّه أراد بذلک أصالة البراءة من حرمة بیع المکیل و الموزون قبل القبض و أنت خبیر بأنّ الأصل یخرج عنه بما مرّ من الأخبار الثّانی ما فی المجمع (- أیضا-) من انّ عموم القران و الأخبار الدالّة علی جواز البیع یدلّ علی الجواز و أنت خبیر بلزوم تخصیص العمومات بما تقدّم من النّصوص الخاصّة الثالث ما فی المجمع (- أیضا-) من التمسّک بالعقل و لم افهم للجمع بینه و بین التمسّک بالأصل وجها الّا ان یرید بالأصل الإباحة و البراءة الشرعیتین و بالعقل حکم العقل بقبح العقاب من غیر بیان و الجواب ان ایّ بیان أعظم من الأخبار المزبورة الرّابع ما فی المجمع (- أیضا-) من التمسّک بقوله (- ص-) الناس مسلّطون علی أموالهم و أنت خبیر بما فی دلالته علی جواز البیع من التأمّل و لو سلّم فهو عام و یخصّ بالأخبار المزبورة الخامس ما تمسّک به هو (- ره-) (- أیضا-) من حصول التراضی و عدم المانع عقلا و عدم الخروج عن قانون و قاعدة و أنت خبیر بما فیه فی قبال الاخبار المزبورة و ایّ مانع أعظم من الاخبار المزبورة السّادس ما تمسّک به فی (- لف-) من انّه عقد صدر من اهله و وقع فی محلّه فکان سائغا کغیره و فیه منع الوقوع فی محلّه بعد نطق الأخبار المزبورة بالمنع عنه السّابع ما فی (- لف-) (- أیضا-) من انّ الطّعام مملوک یجوز التصرّف فیه قبل قبضه لمشتریه بجمیع أنواع التصرّف فجاز له بیعه و فیه ما فی سابقة

قوله طاب ثراه مثل ما فی الفقیه فی ذیل روایة الکرخی المتقدّمة (- اه-)

قد جعل الشیخ ذلک روایة مستقلّة رواها بإسناده عن خالد بن الحجّاج الکرخی قال قلت لابیعبد اللّه علیه السّلام الی أخر ما فی المتن

قوله طاب ثراه و روایة جمیل

رواها ثقة الإسلام (- ره-) عن محمّد بن یحیی عن احمد بن محمّد عن علیّ بن حدید عن جمیل بن درّاج و مثلها و مثل سابقها روایات أخر تمسّکوا بها فمنها ما رواه الکلینی عن محمّد بن یحیی عن محمّد بن الحسین عن صفوان عن ابن مسکان عن إسحاق المدائنی قال سألت أبا عبد اللّه علیه السّلام عن القوم یدخلون السّفینة یشترون الطعام فیتساومون بها ثمَّ یشتریه رجل منهم فیسئلونه فیعطیهم ما یریدون من الطّعام فیکون صاحب الطّعام هو الّذی یدفعه إلیهم و یقبض الثمن قال لا بأس ما أریهم الّا و قد شرکوا الحدیث و منها صحیحة منصور بن حازم عن أبی عبد اللّه علیه السّلام فی رجل أمر رجلا یشتری له متاعا فیشتریه قال لا بأس بذلک انّما البیع بعد ما

ص: ۲۳۱

يشتريه و منها صحيحة محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام قال سئلته عن رجل أتاه رجل فقال اتبع لى متاعا لعلّى أشتريه منك بنقد أو بنسئة فابتاعه الرّجل من اجله قال ليس به بأس انّما يشترى منه بعد ما يملكه تمسّك بها و بسابقها فى مجمع الفائدة قائلا فى التّقريب ان فى الابتياع مسامحة بان يشترى ثمَّ هو يشترى منه كما هو ظاهر و ان قوله بعد التملّك و بعد الشّراء كالصّريح فى الجواز قبل القبض (- مط-) و اعترضه فى (- ئق-) بانّ المتاع فيهما مطلق شامل بإطلاقه للمكيل و الموزون و غيرهما و الواجب تخصيصهما بما عدى المكيل و الموزون كما أفصحت به صحيحة منصور بن حازم الّتى هى أدلّ من تلك الأخبار من قوله عليه السّلام إذا اشتريت متاعا فيه كيل أو وزن (- إلخ-) فإنّها قد فصّلت بين المتاع المكيل و الموزون و غيرهما و به يجب الحكم على إطلاق الخبرين

قوله طاب ثراه و من ذلك يعلم ما فى الاستيناس للجمع بالكراهة بخبر ابى بصير

قد روى ذلك الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن القاسم بن محمّد عن علىّ بن ابى بصير و المستأنس هو المحقّق الأردبيلى (- ره-) فإنّه استشهد أوّلا بورود أكثر أخبار المنع بلفظ لا يصلح الظّاهر فى الكراهة و بهذا الخبر قائلا انّه صريح فى الكراهة مرابحة و كراهة المكيل و الموزون قبل القبض و عدم البأس فى غيرهما ثمَّ قال و لا يضرّ الكلام فى السّند بجهل القسم بن محمّد و اشتراك غيره أو ضعفه ان علم لأنّه مؤيّد انتهى و وجه ظهور سقوط الاستيناس يأتى فى كلام الماتن (- ره-) و ربّما اعترض فى (- ئق-) على الاستيناس المذكور بانّ قوله عليه السّلام فى الرّواية ما يعجبنى أعمّ من التحريم و الكراهة و هذا اللّفظ يساوق قولهم فى مواضع ما أحبّ الّذى قد وقع استعمالهم فى التحريم فى مواضع و سياق الخبر ظاهر فى ذلك ثمَّ قال و بذلك يظهر ما فى قوله و هذه صريحة فى الكراهة و ما ادرى من اين حصلت له هذه الصّراحة مع الإجمال فى اللّفظ المذكور و دلالة السّياق على ما ذكرنا من التحريم انتهى و هو اعتراض موجّه

قوله طاب ثراه فانّ ذلك يوجب رفع الكراهة رأسا (- اه-)

هذا تعليل لتبيّن سقوط الاستيناس ممّا ذكره

قوله طاب ثراه و ربّما يستدلّ على الجواز بصحيحة الحلبى (- اه-)

أراد بالأولى الصّحيحة الّتى رواها الشيخ (- ره-) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان بن يحيى عن ابن مسكان عن محمّد الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال سئلته عن الرّجل يشترى الثمرة ثمَّ يبيعها قبل ان يأخذها قال لا بأس به ان وجد ربحا فليبع و بالثّانية الصّحيحة الّتى رواها هو (- ره-) بإسناده عنه عن صفوان و فضالة عن العلاء عن محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام انه قال فى رجل اشترى الثمرة ثمَّ يبيعها قبل ان يقبضها قال لا بأس به و المستدلّ بهما هو المحقّق الأردبيلى (- ره-) فى مجمع الفائدة قائلا فى التقريب انّ الثمرة مكيل بل طعام على بعض الإطلاقات و انّ الأولى صريحة فى الجواز مع إرادة المرابحة (- أيضا-) انتهى و اعترضه فى (- ئق-) بانّ الخبرين ليسا من محلّ البحث حيث انّ الظّاهر من الأخبار من المكيل و الموزون هنا ما أمكن كيله و وزنه بالفعل لا بالقوّة قريبة أو بعيدة و الثّمرة انّما هى من قبيل الثانى مع انّهما أخصّ من محلّ البحث و معارضتان بموثقة سماعة المتقدّمة و بذلك يظهر ما فى قوله و لا يخفى أنّ الثمرة مكيل فإنّه ان أراد بالفعل فهو ليس (- كك-) كما هو ظاهر لكلّ ناظر و ان أراد بالقوّة فهو ليس محلّ البحث الّذى دلّت عليه الأخبار

قوله طاب ثراه و ربّما يستأنس للجواز بالأخبار (- اه-)

جعل صاحب الجواهر ذلك من الأدلّة و حكى اتّحاد المسئلتين عن صريح (- لك-) و (- الروضة-)

قوله طاب ثراه بل الظّاهر (- اه-)

قلت النّصوص المزبورة (- أيضا-) شاهد بتغاير موضوع المسئلتين و يشهد بذلك (- أيضا-) انّه قال بالحرمة هنا من قال بالجواز

هناك كالمحدّث البحرانى (- قدّه-)

قوله طاب ثراه ثمّ انّ صريح (- ير-) و (- س-) الإجماع على الجواز فى غير المكيل و الموزون (- اه-)

قد ادّعى الإجماع بقسميه عليه فى الجواهر و نفى الخلاف فيه فى التنقيح و كشف الظّلام و يدلّ عليه الأصل و عمومات البيع و التجارة و العقود و خصوص مفهوم التقييد بما إذا كان المبيع مكيلا أو موزونا فى جملة من الأخبار المزبورة و منطوق جملة أخرى مثل قوله عليه السّلام فى صحيح منصور بن حازم فان لم يكن كيل أو وزن فبعه و قوله (- ع-) فى خبر منصور الأخر لا بأس بذلك ما لم يكن كيل و لا وزن و خبر أبى حمزة و غير ذلك من الأخبار المزبورة الدالّة مفهوما و منطوقا على ذلك

قوله طاب ثراه مع انّ المحكى فى (- كرة-) عن بعض علمائنا القول بالتحريم (- مط-) (- اه-)

يعنى حتى إذا لم يكن مكيلا و لا موزونا و يدلّ على هذا القول ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن محمّد بن احمد بن يحيى عن احمد بن الحسن بن علىّ بن فضّال عن عمرو بن سعيد عن مصدق بن صدقة عن عمّار عن أبى عبد اللّه قال بعث رسول اللّه صلّى اللّه عليه رجلا من أصحابه واليا فقال له انى بعثت الى أهل اللّه يعنى أهل مكّة فإنها هم عن بيع ما لم يقبض و عن شرطين فى بيع و عن ربح ما لم يضمن لكن فيه عدم نقاء سنده فلا حجّة فيه فتبقى الأخبار المجوّزة لبيع ما لا يكال و لا يوزن سليمة عن المعارض و على فرض التعارض فهى أرجح من وجوه لا تخفى

قوله طاب ثراه و التفصيل بين المكيل و الموزون و غيرهما

قد قال بالتحريم فى المكيل و الموزون (- مط-) و الجواز فى غيرهما ابن ابى عقيل قال فيما حكى عنه فى (- لف-) كلّ من اشترى شيئا ممّا يكال أو يوزن فباعه قبل ان يقبضه فالبيع باطل و إن كان ممّا لا يكال و لا يوزن كالثياب و الورق و الأرضين و الرقيق فباعه من قبل ان يقبضه فالبيع جائز و الفرق بينهما انّ السّنة جائت عن رسول اللّه (- ص-) بإبطال بيع الطّعام و جميع ما يكال و يوزن قبل القبض و أجاز فيما سوى ذلك انتهى بل عن الشهيد (- ره-) فى (- س-) نسبته الى كثير من الأصحاب و حكاه بعضهم عن الحسن بن عيسى و حجّة هذا القول جملة من الأخبار فمنها صحيح معاوية بن وهب المزبورة بناء على كون المراد بالتولية فيها التوكيل فى الكيل و الوزن و أنت خبير بظهورها و لو بقرينة الأخبار الأخر فى التولية المصطلحة مضافا الى ما مرّ من كون الخبر أجنبيّا عمّا نحن بصدده و منها الصّحيحة الأولى لمنصور بن حازم المتقدّمة و حالها كسابقتها فى ابتناء دلالتها على هذا القول على كون المراد بالتّولية التوكيل فى الكيل و الوزن أو فى القبض و قد عرفت انّه خلاف الظّاهر من كلمة التولية و ان فسّرها بذلك فى هذه الرّواية الصّدوق (- ره-) فيمن لا يحضره الفقيه حيث قال عقيبها ما لفظه يعنى انّه يوكل المشترى يقبضه بل ظاهر الوسائل كونه من الرّواية حيث قال بعد عنوان الباب ما نصّه محمّد بن علىّ بن الحسين بإسناده عن منصور بن حازم عن أبى عبد اللّه (- ع-) قال إذا اشتريت متاعا فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتّى تقبضه الّا ان تولّيه فاذا لم يكن فيه كيل و لا وزن فبعه يعنى انّه يوكل المشترى فى قبضه انتهى حيث لم يشر الى كون التفسير من الصّدوق (- ره-) و ساقه على وجه يوهم كونه من الرّواية الّا انّ الظّاهر بل المقطوع به كونه من الصّدوق (- ره-) كما جزم به الكاشانى فى محكى الوافي و يشهد به رواية الشيخ (- ره-) للخبر بهذا الطّريق من غير تفسير و حيث كان التفسير من الصّدوق (- ره-) لم يكن حجّة و أخذنا بظاهر الرّواية و هو التولية المصطلحة و منها صحيح عبد الرّحمن بن أبى عبد اللّه و ابى صالح عن أبى عبد اللّه عليه السّلام و متنه كسابقه و فيه ما فيه و منها موثق سماعة المتقدّم بناء على عدم كون المراد بالتّولية فيها هى التولية المصطلحة لكن قد عرفت فساد المبنى و منها ما رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن عدّة من

ص: ۲۳۲

أصحابه عن احمد بن محمّد عن علیّ بن الحکم عن أبی حمزة عن أبی جعفر علیه السّلام قال سئلته عن رجل اشتری متاعا لیس فیه کیل و لا وزن أ یبیعه قبل ان یقبضه قال لا بأس بتقریب ان تقیید السّائل بأنّه لیس فیه کیل و لا وزن یکشف عن کون المنع عن بیع المکیل و الموزون قبل القبض کان مسلّما بین أوائل الطّائفة و أنت خبیر بانّ هذا المقدار لا یضرّنا لانّ هذه الاستفادة لا تثبت المنع حتی تولیة حتّی یعارض الأخبار المزبورة و علی فرض التّعارض فالمجوّزة للتولیة أخصّ فتخصّ به هذه الرّوایة و غیرها ممّا أطلق فیه المنع کما عرفت

قوله طاب ثراه و هو قول الشیخ (- ره-) فی (- ط-) مدّعیا علیه الإجماع (- اه-)

قال فی (- ط-) إذا ابتاع شیئا و أراد بیعه قبل قبضه فان کان طعاما لم یجز بیعه حتی یقبضه إجماعا و امّا غیر الطّعام من سائر الأموال فإنه یجوز بیعه قبل القبض انتهی و هو الّذی یظهر من عبارة (- ف-) و المقنع و هو المحکی عن القاضی فی المهذّب و ابن زهرة فی الغنیة و الظّاهر من ابن حمزة فی الوسیلة حیث منع بیع الطّعام قبل القبض سواء کان مبیعا أو قرضا و قال ان غیر الطّعام یجوز بیعه قبل القبض علی کلّ حال الّا ان یکون سلفا و حجّة هذا القول إجماع (- ف-) و (- ط-) و الغنیة البیّن سقوطه فی مثل المقام و النّصوص الواردة فی الطّعام بعد تقیید إطلاق المکیل و الموزون فی جملة من الأخبار المزبورة بالطعام حملا للمطلق علی المقیّد و فیه انّه قد تقرّر فی محلّه انّ من شروط حمل المطلق علی المقیّد و العامّ علی الخاصّ تنافی ظاهرهما و انّه لا معنی لحمل المطلق علی المقیّد مع توافق ظاهرهما کما هنا حیث لا مانع من توقف صحّة بیع الطّعام علی القبض و توقّف بیع مطلق المکیل و الموزون علی القبض فلا تنافی کی یسوغ الحمل

قوله طاب ثراه و هنا سادس اختاره فی التحریر (- اه-)

حجّة هذا القول امّا علی الجواز فی غیر الطّعام فأدلّة الجواز (- مط-) المزبورة و امّا علی التفصیل فی الطّعام فصحیحة علی بن جعفر و صحیحة منصور و خبر سماعة المزبورات و تحقیق القول فی المسئلة انّ من الواضح عند کلّ منصف متدبّر ان اخبار الجواز (- مط-) ما بین ضعیف السّند و قاصر الدّلالة فتبقی اخبار القول بالحرمة سلیمة عمّا یصلح للمعارضة و حمل النّهی علی الکراهة من غیر معارض مکافئ ممّا لا وجه له و اشتمال بعض أخبار الحرمة علی کلمتی لا یصلح و لا یعجبنی غیر قادح بعد وجود النّهی الظّاهر فی الحرمة فی جملة منها الموجب لحمل لا یصلح و نحوه من الألفاظ المشترکة علیها مع ان حمل اخبار المنع علی الکراهة لیس بأولی من حمل اخبار الجواز علی بیع التولیة بل العکس اولی لما سمعته من (- المصنف-) (- قدّه-) فالحقّ (- ح-) هو حمل اخبار الجواز بناء علی تکافؤها لما یعارضها علی بیع التولیة و حمل اخبار المنع علی غیر التولیة و الشّاهد علی ذلک الأخبار السّابقة المفصّلة بالجواز تولیة و المنع مرابحة و مواضعة و المناقشة فی هذه الأخبار بعدم ذهاب المعظم الی العمل بمضمونها مدفوعة بأن مجرد عدم قول المعظم بذلک لا یوهن تلک الأخبار مع صحّتها و استفاضتها و کون الحجّة فیها دون قول المعظم فالحقّ الّذی به أدین اللّه تعالی هو عدم جواز بیع المکیل و الموزون قبل قبضهما إلّا تولیة و کذا عدم جواز بیعهما قبل الکیل و الوزن إلّا تولیة نعم لو لا ما فی اخبار الجواز من ضعف السّند و قصور الدّلالة لکنّا خصّصنا الحکم بما إذا لم یوکّل المشتری فی القبض و الکیل و الوزن و جوّزنا البیع قبل القبض و الکیل و الوزن مع التوکیل بغیر تولیة (- أیضا-) و من العجیب ما فی کشف الظّلام من انّ أدلّة الجواز فی أعلی افراد القوّة لقطعیّة سندها و کمال وضوح دلالتها و تأیّدها بالعقل و الاعتبار و لیس (- کک-) اخبار المنع فانّ فیه انّه إنکار للواضح و ما ادری ما الذی دعاه الی وصف اخبار المنع بعدم الصّحة مع انّ أکثرها صحاح ظاهرة الدّلالة ان هذا و أمثاله الّا ناشئا من الاغترار بالشهرة و لو کانت محکیة و لو فی مثل هذه المسئلة الّتی فیها أقوال عدیدة بل من تدبّر فی اخبار المسئلة ظهر له انّ الحکم بالتحریم کان شائعا مشهورا فی الصّدر الأوّل بین أصحاب الأئمّة علیهم السّلام کما یشیر الیه خبر علیّ بن حمزة و صحیح الحلبی المشتمل علی شراء البرّ و صحیح منصور حیث یشعر بتوهّم الرّاوی سریان التحریم الی غیر المکیل و الموزون فتدبّر جیّدا بقی هنا شیء و هو انّه هل کون البیع

مرابحة مانع عن جوازه قبل القبض و الكيل و انّ كونه تولية مجوّز وجهان فعلى الأول يجوز كلّ ما سوى المرابحة من المواضعة و التّولية و المساومة و على الثّانى يختصّ الجواز بالتولية و يدلّ على الأوّل صحيح علىّ بن جعفر حيث أدار المنع مدار الرّبح فيلزم منه جواز التولية و المساومة و المواضعة لعدم الرّبح مع شىء منها و يساعد على ذلك قاعدة الاقتصار فى الخروج عن تحت الأصل و العمومات و الإطلاق على المتيقّن و يدلّ على الثانى قوله (-ع-) فى رواية أبى بصير المزبورة الّا ان يولّيه كما اشتراه إذا لم يربح فيه أو يضع (- اه-) دلّ على المنع من المواضعة (- أيضا-) مؤيّدا بإطلاق المنع من بيع المكيل قبل القبض فيقتصر فى الخروج عن تحت الإطلاقات على القدر المتيقّن و هو البيع تولية و فى الجواهر بناء منه على ما اختاره من الكراهة انّه قد يقوى فى النّفس خفّة الكراهة فيها بالنّسبة إلى التولية إذ الظاهر انّ المراد من النّصوص انّه مع البيع مرابحة ينبغى الكيل و الوزن و عدم الاكتفاء بالأخبار كما هو المناسب لأخذ الرّبح و دفعه اما إذا لم يكن له فيه ربح فاللائق أخذه منه كما اشتراه بالأخبار و نحوه و لا ينبغى مداقته لعدم حصول ربح له فلا ريب فى أولويّة المواضعة (- ح-) فلاحظ النّصوص و تأمّل ما ذكرناه تجده واضحا انتهى قلت بناء على القول بالكراهة يمكن الالتزام بما ذكره و استنتاج ذلك من النّصوص إلّا انّك قد عرفت انّ الأقوى هو الحرمة دون الكراهة و (- ح-) فالأظهر تخصيص المنع بالمرابحة و التجويز فى غيرها لانّ صحيح علىّ بن جعفر (-ع-) حجّة و إن كانت دلالته على المطلوب بالمفهوم بخلاف خبر ابى بصير فإنّه لقصور سنده لا حجّة فيه و إن كانت دلالته بالمنطوق الّا ان يقال انّ مفهوم صحيح علىّ بن جعفر ليس قابلا لتقييد الأخبار الكثيرة الدّالة على المنع إلّا فى التولية فيؤخذ

بإطلاقها لكونه أقوى (- فت-) جيّدا

قوله طاب ثراه كما قيل انّه موضوع له لغة (- اه-)

قال فى المصباح المنير و فى العرف الطّعام اسم لما يؤكل مثل الشراب اسم لما يشرب و جمعه اطعمة انتهى و فى النّهاية الأثيرية انّ الطّعام عام فى كلّ ما يؤكل و يقتات من الحنطة و الشعير و التّمر و غير ذلك انتهى و عن شرح الشفاء انّ الطّعام ما يؤكل و ما به قوام البدن و يطلق على غيره مجازا

قوله طاب ثراه و حكى عن بعض أهل اللّغة (- اه-)

قال فى المصباح المنير إذا أطلق أهل الحجاز لفظ الطّعام عنوا به البرّ خاصّة انتهى و فى القاموس انّ الطّعام البرّ و فى تاج العروس انّ به فسّر حديث ابى سعيد فى صدقة الفطر صاعا من طعام أو صاعا من شعير و قيل أراد به التّمر و هو الأشبه لأنّ البرّ كان عندهم قليلا لا يتّسع لإخراج زكاة الفطر و قال الخليل العالى فى كلام العرب انّ الطّعام هو البر خاصّة و فى الأساس عنه الغالب بدل العالى و هذا من الغلبة كالمال فى الإبل انتهى

قوله طاب ثراه كما يظهر من الاستدلال فى (- كرة-) للمانعين بضعف الملك (- اه-)

فيه انّ هذا التّعليل لا يخصّص الحكم بالعين و ان اختصّت العلّة به لوجود الدّليل العام مع انّ العلّة

ص: ۲۳۳

اعتباريّة لا اعتماد عليها فى الشخصى (- أيضا-) فالأظهر عدم الفرق فى الحكم المذكور بين المبيع المعيّن الشّخصى و الكلّى لإطلاق ما مرّ من الدّليل

قوله طاب ثراه و هو المحكى عن صريح العمانى (- اه-)

قد سمعت عبارته آنفا و تبعه كاشف الظّلام و احتجّ لذلك بأنّ النّهى يقتضى الفساد شرعا و لذا ترى انّ المعروف بين الفقهاء ذلك فى سائر المعاملات مع انّ المحقّق فى الأصول عندهم العكس لانّ ذلك بالنّظر الى العقل و اللّغة و قد نقل الإجماع على الفساد شرعا فى النواهى المتعلّقة بنفس المعاملة من حيث هى كمحلّ البحث دون ما يتعلّق بها لأمر خارج كتزوّج العبد بدون اذن سيّده ثمّ قال و يدلّ على هذا التّفصيل مضافا الى انعقاد الإجماع على الشق الأوّل كما سمعت الأخبار الواردة فى تزوّج العبد بأنه لم يعص اللّه و انّما عصى سيّده فإنها ظاهرة كمال الظّهور فى انّ عصيان اللّه تعالى بنفس المعاملة المحرّمة لذاتها مفسد لها كالنّهى عن معاملة الرّبا و بيع المجهول و عصيانه لأمر خارج كعصيان السيّد الملتزم لعصيان اللّه بالواسطة لا يفسدها انتهى و يمكن تعليل الفساد بأن النواهى المذكورة للإرشاد إلى الفساد كما فى أكثر نواهى المعاملات و ربّما أيد هذا القول فى (- لك-) بأنّ النّهى راجع الى نفس البيع فيبطل كبيع المجهول و نحوه و يتعلّق النّهى بمصلحة لا تتمّ إلّا بإبطاله و قد يقال انّ أكثر الأخبار ظاهرة فى البطلان لظهور عدم الجواز فى الحكم الوضعى و ردّ بمنع الظهور المذكور بل هى ظاهرة فى الحكم التكليفى

قوله طاب ثراه الّا انّ المحكى عن (- لف-) (- اه-)

قد احتجّ لذلك بما تقرّر عندهم فى الأصول من عدم اقتضاء النّهى فى المعاملات الفساد و قد عرفت ردّ كاشف الظّلام لذلك بانّ عدم الاقتضاء لغة لا ينافى قيام الدّليل الشّرعى على الاقتضاء (- مط-) أو فى مورد دون أخر

قوله طاب ثراه و هو ظاهر (- مع صد-) فى شرح قول (- المصنف-) (- قدّه-) و لو أحال (- اه-)

أراد (- بالمص-) مصنّف القواعد و لو كان قال مصنّفه لكان أجود و وجه ظهور عبارة (- مع صد-) فى القول بالجواز قوله فى طىّ كلام له انّ المنع انّما هو من بيع ما لم يقبض و إذا كان احد المالين سلما دون الأخر لم يتعيّن لكونه مبيعا لإمكان اعتباره ثمنا إذ لا معيّن لأحدهما انتهى فإنه نصّ فى اختصاص المنع بالمبيع و سيأتى من (- المصنف-) فى أواخر التنبيه الثّالث نقل هذه العبارة

قوله طاب ثراه و يؤيّده تعليل المنع

لم أعثر على ما أشار إليه من التّعليل فى أية و لا رواية و لا معقد إجماع و لا حاجة لنا الى التمسّك فى قصر الحكم على المبيع إلى الرّواية المذكورة كى يناقش فيها بما ذكره الماتن (- ره-) بل يكفينا فى ذلك كون الحكم و هو توقّف جواز البيع على القبض أو الكيل على خلاف الأصل و القاعدة المأخوذة من العمومات بعد كون مورده المبيع فيقتصر على المنصوص و يرجع فى غيره الى الأصل و العمومات و بنائهم على عدم الفصل بين المبيع و الثّمن غير معلوم بل المعلوم باعتراف من الماتن (- ره-) عدمه حيث حكى البناء على عدم اللّحوق عن جمع من الأصحاب فلا تذهل

قوله طاب ثراه و كيف كان فى المسئلة محلّ اشكال من حيث اضطراب كلماتهم (- اه-)

لا وجه للاستشكال فى المسئلة لعدّة من عبائرهم المشتبهة المحتملة لإجراء الحكم فى غير البيع من أحكام المعاوضة بعد عدم الدّليل على الإلحاق و كون مقتضى مخالفة الحكم للأصل و القاعدة هو الاقتصار على مورد النصّ و هو الانتقال اليه بالبيع و نقله إيّاه بالبيع و على هذا فلو ملك مالا بالإرث أو الصّداق للمرئة أو عوض الخلع أو الهبة أو نحو ذلك جاز له بيع ذلك الشىء قبل القبض و قبل الكيل و الوزن مرابحة و غيرها للأصل و عموم تسلّط النّاس على أموالهم بعد فقد المانع و كذا ان ملك بالشّراء شيئا جاز له جعله صداقا و هبة من غيره و وقفه و إجارته و النّذر به و سائر التصرّفات فيه كما صرّح بذلك كلّه جمع بل نفى غير واحد وجدان الخلاف فيه فى جملة من الفروض قال فى (- لك-) المنع على القول به مشروط بأمرين انتقاله بالبيع و نقله به فلو انتقل بغيره أو نقله بغيره لم

یحرم امّا الأوّل فلا نعلم فیه خلافا و امّا الثانی فهو المشهور غیر انّ الشیخ (- ره-) الحق به الإجارة محتجّا بأنّها ضرب من البیوع و هو ممنوع و (- ککـ-) منع من الکتابة بناء علی انّها بیع العبد من نفسه و هو مع تسلیمه لا یستلزم المنع لانّ العبد لیس ممّا یکال أو یوزن و غایة المنع عندنا ان یکون المبیع مقدّرا بهما و قد استثنی بعض المانعین من المیراث ما لو کان الموروث مبیعا للمورث قبل قبضه فإنه لا یجوز للوارث بیعه (- ح-) و فیه نظر لانّ انتقاله الی الوارث بالإرث واسطة بین المبیعین و کذا القول فی الصداق إذا کان المصدّق قد اشتراه و لم یقبضه ثمّ أصدقه و أرادت المرئة أن تبیعه قبل القبض و مثل عوض الخلع من جانب المرئة المشتریة له قبل القبض إذا أراد الزّوج بیعه و الاستثناء فی الجمیع غیر واضح لثبوت الواسطة انتهی و قال فی التنقیح ما لفظه فوائد الأولی لم نسمع خلافا بین أصحابنا و غیرهم فی جواز بیع الأمانات قبل قبضها لتمام الملک و عدم کونها مضمونة علی من هی فی یده و کذا المملوک الإرث الّا ان یکون المورث ملکه بالشّراء و لم یقبضه و کذا لو اشتری من مورّثه ثمّ مات البائع قبل قبضه و المشتری وارث لجمیع ماله فإنّه یجوز بیعه قبل قبضه لانّه بحکم لقبوض الثانیة لم نسمع خلافا (- أیضا-) بین أصحابنا فی جواز بیع ما ملک بغیر بیع کالصّلح و غیره قبل قبضه الثالثة ظاهر أصحابنا (- أیضا-) و یکاد یکون إجماعا امّا ملک بالبیع یجوز التصرّف فیه و نقله قبل قبضه بما عدی البیع من النواقل و التصرّفات کالصّلح و الإجارة و المزارعة و المساقاة و الکتابة و العتق و الوقف و الرّهن و الإصداق و التّزویج و الإقراض إلّا ما نقل عن الشیخ فی (- ط-) من منع الإجارة و الکتابة انتهی الی غیر ذلک من کلماتهم المتضمّنة لنفی الخلاف المؤیّد لما قلناه

قوله طاب ثراه و علیه فلو کان علیه سلم لصاحبه فدفع الیه دراهم و قال اشتر لی بها طعاما و اقبضه لنفسک جری فیه الخلاف (- اه-) هذا یتصوّر علی وجهین الأوّل ان یقول اقبضه لی ثمّ اقبضه لنفسک و الثّانی ان یقول اشتر لی بها طعاما و اقبضه لنفسک امّا الأوّل فتوضیح القول فیه انّه قد صرّح بصحّة الشّراء و القبض الأوّل الواقع عن الموکّل منهم الشیخ (- ره-) و العلّامة و الشهید (- ره-) و المحقّق و الشهید الثانیان و غیرهم فی (- ط-) و (- عد-) و (- لف-) و (- مع صد-) و (- لک-) و محکی الحواشی و (- س-) بل قطع بذلک بعضهم و عن غایة المرام للصّیمری نفی الخلاف فیه و وجهه ظاهر لکونه واقعا عن وکالة فتشمله عمومات الوکالة و إطلاقاتها کظهور الوجه فی انتقال الضّمان من البائع الی الأمر لأنّ قبض الوکیل قبض الموکّل و امّا القبض الثانی الواقع لنفسه ففی صحّته و ترتّب الآثار اعنی انتقال الضّمان و برأیه ذمّة الموکّل و جواز البیع من غیره علیه قولان أحدهما عدم الصّحة و هو خیرة الشیخ (- ره-) فی (- ط-) و القاضی ابن البراج ثانیهما الصّحة و هو خیرة العلّامة فی (- لف-) و الشهید فی محکی (- س-) و الحواشی و الصّیمری فی غایة المرام و الثانیین فی (- مع صد-) و (- لک-) و صاحب (- ئق-) و غیره من الأواخر حجّة الأوّل أمور الأوّل انه لا یجوز ان یتولّی الواحد طرفی العقد و فیه منع ظاهر بل الحق الجواز کما نقّحنا القول فی ذلک فی فروع عقد النّکاح من منتهی المقاصد الثانی ما فی (- لک-) من انه لا یجوز ان یکون وکیلا عن غیره فی قبض حقّ نفسه من نفسه و فیه انه عین الدّعوی الثّالث ما أشار إلیه الماتن (- ره-) من صحیح الحلبی و خبر عبد الرّحمن و أنت خبیر بان لسان

ص: ۲۳۴

الأوّل لسان الاستحباب و كذا الثانى و على فرض كون ذلك امرا فالظاهر أنّه للإرشاد الى عدم ارتكاب ما يلحقه التّهمة كما يكشف عن ذلك ما رواه الحلبى متّصلا بهذه الرّواية و ما رواه شعيب حيث تضمّنا كما تسمعهما إنشاء اللّه تعالى الجواز مع عدم التّهمة حجّة القول الثّانى أمور الأوّل انّ الأصل جواز ذلك و من منع فعليه الدّلالة الثّانى عمومات الوكالة و إطلاقاتها مع كفاية المغايرة الاعتباريّة الثّالث قول الحلبى فى ذيل صحيحة المذكورة فى المتن و سئلته عن الرّجل يكون له على الأخر أحمال من رطب أو تمر فيبعث اليه بدنانير فيقول اشتر بهذه و استوف منه الّذى لك قال لا بأس إذا ائتمنته و صحيح شعيب المذكور فى المتن فإنّهما صريحان فى الجواز و التقييد فيهما يكشف عن انّ المنع فى الخبرين الآخرين لخوف التّهمة و انّه متى أمن من التّهمة جاز له الشّراء فظهر انّ القول الثّانى هو الأظهر و امّا الثّانى فالأظهر فيه (- أيضا-) الصّحة للأصل و إطلاقات الوكالة بل صحيح شعيب أدلّ على صحّة ذلك من الأوّل و لا يحتاج الى ان يقبض أوّلا بنيّة أنّه لذى الدّراهم ثمّ يقبض بعد ذلك بل يكفى قبضه لما اشتراه إذا كان مشخّصا بنيّة انّه وفاء عمّا له فى ذمّته و أقصاه انّه يكون استيفاء ممّا لم يقبضه بإذنه بل لو كان ما اشتراه كلّيا يمكن الاكتفاء بقبض الغريم عوضا عمّا له فى ذمّته عن القبض أوّلا بعنوان أنه لذى الدّراهم و إطلاق الخبر المذكور شاهد عليه كما نبّه على ذلك فى الجواهر ثمّ قال و لو دفع اليه دراهم و قال خذها بدل الطّعام جاز لانّه استيفاء من غير الجنس بل لو قلنا انّه بيع للطّعام على من هو عليه قبل قبضه جاز (- أيضا-) بناء على المختار من كراهة ذلك لكن عن (- ط-) انّه لم يجز لانّه بيع المسلم فيه قبل قبضه و هو غير جائز و فيه ان الدّفع بدله أعمّ من البيع و لو سلم فقد عرفت التحقيق

قوله طاب ثراه لكن فى صحيحة الحلبى (- اه-)

قد رواها الكلينى (- ره-) عن محمّد بن يحيى عن احمد بن محمد و عن علىّ بن إبراهيم عن أبيه عن ابن ابى عمير عن حمّاد عن الحلبى و قد عرفت حملنا لهذا الخبر على استحباب التّرك تارة و على الإرشاد إلى الفرار من التّهمة أخرى و كتب الكاشانى فى محكى الوافى فى ذيل الرّواية ما لفظه انّما منعه ان يتولّى شراء ذلك بنفسه لانّه ربّما يكون الدّراهم المبعوثة أزيد من رأس ماله فإذا أخذها مكانه توهّم انّه ربا و فقه هذه المسئلة انّ البائع إذا ردّ الدّراهم على انّه يفسخ البيع الأوّل لعجزه عن البيع المضمون فأخذ الزّائد على رأس المال منه غير جائز و إذا دفعها على ان يشترى بها المضمون جاز فالأخبار المتضمّنة لمنع أخذ الزائد فى هذا الباب و اللّذان يتلوانه كلّها محمولة على الأوّل و المتضمّنة لجوازه محمولة على الثّانى و الجواز لا يخلو عن كراهة الّا للفقيه بالمسئلة كما يشعر به بعض تلك الأخبار و بهذا يندفع التّنافى عنها الّا بما فى الاستبصار انتهى

قوله طاب ثراه و فى موثقة عبد الرّحمن (- اه-)

قد رواها الكلينى (- ره-) عن حميد بن زياد عن الحسن بن محمّد بن سماعة عن غير واحد عن ابان عن عبد الرّحمن بن ابى عبد اللّه قال سئلت أبا عبد اللّه عليه السّلام عن رجل أسلف دراهم فى طعام فحلّ الّذى له فأرسل إليه بدراهم فقال اشتر طعاما و استوف حقّك هل ترى به بأسا قال يكون معه غيره يوفيه ذلك

قوله طاب ثراه من انّه لو كان له على غيره طعام من سلم (- اه-)

قد وقع الخلاف فى جريان حكم البيع قبل القبض فى هذا الفرض فالشيخ فى (- ط-) و المحقق و العلّامة على الجريان و الشيخ فى (- ف-) و المحقق و الشهيد الثانيان على عدم الجريان بل ظاهر (- ف-) الإجماع عليه و نسبة (- لك-) الى (- ف-) موافقة (- ط-) سهو من قلمه الشّريف

قوله طاب ثراه و قد علّل ذلك فى (- يع-) بأنّه قبضه (- اه-)

هذه صغرى القضيّة و الكبرى انه يكون من قبيل بيع ما لم يقبض فيجرى الخلاف لكن فيه ان قبضه عوضا عن ماله ليس بيعا قطعا و هو (- ره-) قد اعترف بكون الحكم المذكور و الخلاف المزبور خاصّا بالبيع غير جار فى شىء من المعاوضات الأخر فلا وقع (- ح-) لما

یجاب به عن الإشكال من انّ الواقع حوالة و الحوالة تلحق بالبیع ضرورة أنّ اللّحوق بالبیع فی بعض الأحكام الدلیل لا یستلزم اللّحوق فیما لا دلیل علیه سیّما الحكم المخالف للقاعدة اللّازم ان یقتصر علی مورده و هو المبیع خاصّة كما هو واضح

قوله طاب ثراه و علی كلّ تقدیر یمكن تعمیم محلّ الخلاف (- اه-)

لا یخفی علیک ما فی هذا التعمیم من البعد و المخالفة لظاهر جملة من كلماتهم

قوله طاب ثراه و اعترضه فی (- لک-) بانّ مورد السّلم (- اه-)

قال فی مفتاح الكرامة بعد نقل هذا الاعتراض عن (- لک-) انّه كلام جیّد لكن إذا لم یكن مبیعا كیف تلحقه احكام المبیع من التلف و الخیار و النّماء و لم یدّع انّه عین المبیع أوّلا و بالذّات بل صار بعد التّعیین مبیعا و انصبّ العقد علیه نعم یفرّق بینه و بین المعیّن بما ذكره و ذلک لا یقضی بكونه غیر مبیع نعم یقضی بكونه غیر معیّن و قد اعترف بذلک صاحب (- لک-) فی باب الصّرف فیما إذا كان العیب من الجنس فی غیر المعیّن قال له الردّ و الإمساک بالأرش مع اختلاف الجنس فی المطالبة بالبذل و ان تفرّقا لأنّ الإمساک بالأرش لا یتمّ إلّا إذا كان مبیعا الی ان قال و قد طفحت عباراتهم بصدق اسم المبیع علیه فی باب الخیار و الصّرف و السّلم و القبض الی غیر ذلک ممّا لا یكاد یحصی و كلامهم فی باب الإجارة فیما إذا وقعت علی عین موصوفة فی الذّمة كالصّریح فی أنّها مستأجرة فی عدّة مواضع خصوصا فیما إذا غصب و تعذّر البدل ثمّ قال و أقصی ما یمكن ان یقال انّ الأصل عدم كونه مبیعا و لا یخرج عنه الّا فی موضع نصّوا علیه و حكموا به و فی غیره نقول انّه وفاء و الأصل بعد التعیین ممنوع الی ان قال و مرادهم بقولهم الأمر بالكلّی لیس أمرا بشیء من جزئیّاته انّها لیست مأمورا به أوّلا و بالذّات و إن كانت مأمورا بها ثانیا من باب المقدّمة بالأمر بالكلّی لمكان التلازم الخارجی انتهی و أنت خبیر بما فی معارضة دعوی كونه مبیعا بلحوق جملة من احكام المبیع علیه من النّظر كما تنبّه له هو (- ره-) (- أیضا-) فانّ لحوق جملة من الأحكام إن كان لدلیل كان هو الفارق و الّا منعنا اللّحوق و (- أیضا-) دفع الجزئی بعد بیع الكلّی لیس من باب بیع الجزئی لا أوّلا و لا آخرا بل هو من باب الوفاء و كلّما رتّبوه علیه من احكام البیع فهم المطالبون بدلیله و لو من إجماعهم فیقتصر علیه و مسئلة الإمساک بالأرش تجامع جعله وفاء لا بیعا لأنّ أخذه لازما من باب الوفاء مع ظهور عیبه بعده ضرر لا یندفع الّا بالخیار و این دلالته علی ارادة الشهید الثّانی (- ره-) البیع

قوله طاب ثراه لكن یرد علی ما ذكره الشهید (- ره-) (- اه-)

قد سبقه فیما اعترض به علی علی الشهید (- ره-) صاحب الجواهر (- ره-) حیث قال ان ما ذكره الشّهید (- ره-) لو سلم فإنّما هو فی الفرد الّذی یتشخّص بالدفع و القبض امّا الّذی یتشخّص بعقد الحوالة كما فی المقام فقد یمنع صدق اسم المسلم علیه إذ هی عقد مستقلّ تحصل به ملک ما فی الذّمة و لا ینصب عقد السّلم علیه انتهی لكن لا یخفی علیک ما فی جمع الماتن (- ره-) بین تسلیم عدم تشخیص المبیع فی ضمن الفرد الخاصّ و بین دعوی صدق الانتقال إلی المشتری من المنافاة فلا تذهل

قوله طاب ثراه و المسئلة تحتاج الی فضل تتبع (- اه-)

تحقیق القول فی المسئلة انّ المنهیّ عنه انّما هو بیع ما لم یقبض و لم یكل و لم یوزن و فرض المسئلة خارج عن ذلک عرفا و لغة فلا یجری علیه أحكامه إلّا ما قام الدلیل علی اللّحوق و لا دلیل علی لحوق حكم حرمة البیع أو كراهته فلا وجه للإطالة نعم ربّما التزم المحقّق و الشهید الثّانیان (- رهما-) بالكراهة فی المسئلة لكن لا من باب الإلحاق بمسئلة البیع قبل القبض بل خروجا عن شبهة خلاف الشیخ (- ره-) و الجماعة

ص: ۲۳۵

و تحرّزا ممّا هو مظنّة التحریم و فیه تأمّل لعدم تسبّب ذلک للکراهة الشرعیّة کما لا یخفی

قوله طاب ثراه و استدلّ فی (- ئق-) علی الجواز

أقول قد وقع الاستدلال علیه فی کلماتهم بوجوه الأول ما فی (- ف-) من انّ الأصل جوازه و المنع یحتاج الی دلیل الثانی عمومات البیع و التجارة و العقود و تسلّط النّاس علی أموالهم خرج عنها بیع ما لم یقبض فیبقی الفرض تحتها الثالث ما فی (- لک-) من انّ المنع من بیع ما لم یقبض تحریما أو کراهة مشروط بشرطین انتقاله بالبیع و نقله به و ما ذکر فی هذا الفرض و ان کان بیعا حیث انّ السّلم فرد من أفراده الّا انّ الواقع من المسلم اما حوالة لغریمة فی القبض أو وکالة له فیه و کلّ منهما لیس یبیع و دعوی انّ الحوالة ملحقة بالبیع فی حیّز المنع

قوله طاب ثراه الرابع ذکر جماعة انّه لو دفع الی من له علیه طعام (- اه-)

عزاه فی (- ئق-) إلی الأصحاب و نفی فی الجواهر وجدان الخلاف فیه و لکنّا قد وجدنا العلّامة (- ره-) فی (- لف-) قد استقرب الجواز و الصّحة و جعله قضاء للطّعام بجنس الدّراهم أو قرضا للدّراهم ثمّ انّ الجماعة کما صرّحوا بعدم صحّته للمدفوع الیه معلّلین بامتناع الشّراء بمال الغیر لغیره ما دام علی ملک الغیر و لو بإذنه اقتصارا علی المتیقّن من إطلاق أدلّة البیع فتبقی أصالة الانتقال بحالها و یقرب منه ما فی المتن من العلّة فکذا صرّحوا بعدم صحّته للدّافع نظرا إلی انّه غیر مأذون فیه فما اذن فیه و هو الشّراء لنفسه لم یقع و الشّراء للمالک غیر مأذون فیه فلا یقع و الّذی یقتضیه التدبّر هو صحّة الشّراء و القبض ان علم من الدافع ارادة القبض للطّعام بجنس الدّراهم أو قرضا للدّراهم أو إرادة معنی غیرهما یصحّ کما لو علم منه إرادة استیفائه بعد الشّراء و قبضه له و انّ التعبیر بکون الشراء له لکونه راجعا الیه و ان لم یعلم شیء من ذلک فأصالة عدم انتقال المال الی الغریم الّذی اشتری بمال الغیر و أصالة عدم برأیه ذمّة المدیون بالطّعام بدفع غیره محکمة فتدبّر جیّدا

[مسألة فیما لو کان له طعام علی غیره فطالبه فی غیر مکان حدوثه فی ذمته]

قوله طاب ثراه مع عدم اشتراط تسلیمه بالمدینة (- اه-)

احترز بذلک عمّا لو اشترط ذلک أو کان منصرف الإطلاق فإنّه لا إشکال فی لزوم الوفاء به للعمومات

قوله طاب ثراه فلا إشکال فی عدم وجوب أدائه فی ذلک البلد (- اه-)

قد نفی الشّبهة فی ذلک فی (- لک-) و نفی وجدان الخلاف فیه فی الجواهر و عن ظاهر الإیضاح الإجماع علیه و الوجه فی ذلک انصراف الإطلاق إلی بلد العقد الّا ان لکون هناک قرینة علی خلاف ذلک فما فی (- ئق-) من انّی لم أقف علی ما ادّعوه هنا من انّه مع الإطلاق یتعیّن التسلیم فی بلده فان وجد الدّلیل ثمّ ما رتّبوه علی ذلک و الّا فلا- فلیتأمّل انتهی لا وجه له إذ أیّ دلیل امتن من الانصراف الکاشف عن مراد المتعاقدین فما ذکره (- قدّه-) لا یصغی الیه بعد کون الانصراف کالشرط الّذی جعل اللّه المؤمن عنده و (- أیضا-) فالأصل برأیه ذمّة المسلف من الدّفع فی غیر البلد المنصرف إلیه الإطلاق ثمّ انّه لا فرق فی الحکم بین ان تکون قیمته فی بلد المطالبة مخالفة لقیمته فی بلده أو مساویة کما صرّح بذلک فی (- لک-) نافیا عنه الشبهة و هو الّذی یقتضیه إطلاق غیره و لکن استشکل فی ذلک المحقّق الثّانی (- ره-) فی (- مع صد-) حیث قال و یشکل بأنّه ربّما لم یکن مریدا الی بلد السّلف أو انّ المسلم فیه لا یوثق بعوده الیه و الظّفر به هناک بل ربّما یکون قد هرب من المسلف فلم یظفر به الّا بعد مدّة فیکون منعه من مطالبته مفضیا الی ذهاب حقّه ابدا و طریقا إلی مدافعة الغریم عن أداء الحقّ دائما و ذلک ضرر بیّن مع کون الدّین حالا و الاستحقاق له ثابتا ثمّ قال و التحقیق ان یقال له المطالبة به إن کان فی موضع المطالبة مثل بلد السّلف أو أدون و إن کان أکثر فله المطالبة بقیمة بلد السّلم لتعذّر المثل و لو أتاه برهن أو ضمین و تهیّأ للمسیر مع أوّل رفقة فالظاهر عدم وجوب الصّبر لما فیه من الضّرر و تأخیر الدّین الحال المستحقّ

انتهى و فيه أوّلا ما فى مفتاح الكرامة من انّه لو فرض الضّرر فى بعض موارده كما لو علم بالقرائن انّ المديون لا يرجع الى تلك البلدة أو انّ الحق يفوت بالتّأخير اتّجه (- ح-) رفع امره الى الحاكم ليجبره على احد الأمرين دفع العين أو القيمة فى بلد التّسليم أو دفع العين فيها بوجه يمكن امّا لو كان المسلم اليه مصاحبا له فى الطّريق الى بلد التّسليم و وكّل فى تسليمه فيه فالأمر كما قالوه لانّ ذلك هو الّذى اقتضاه الأمر الشرعىّ فالعدول عنها (- مط-) غير جيّد و امّا ما حقّقه ففيه انّا نمنع حصول الارتفاق فيما ذكره (- مط-) لجواز ان يكون المدين قادرا على عين الحقّ فى بلد التسليم عاجزا عنها فى الأخر و إن كان انقص قيمة فيحصل الضّرر عليه بذلك مع مخالفة ما شرط عليه من الارتفاق أو دلّ عليه الإطلاق و المؤمنون عند شروطهم و ثانيا انّ التفصيل بين مساواة القيمة أو نقصانها و بين الزّيادة بمطالبته بالعين فى الأوّل و القيمة فى الثّانى ممّا لا وجه له بل اللّازم امّا تجويز المطالبة فى الصّورتين أو المنع منها فيهما ضرورة انّ الموجب للانتقال إلى القيمة ليس الّا تعذّر المثل و صدق التعذّر على زيادة القيمة عن بلد السّلم ممنوع و حصول الضّرر بالزّيادة ليس تعذّرا سيّما مع ملاحظة انّه هو المقصّر بعدم إحضاره فى بلد التّسليم كما لا يخفى بل فى الجواهر انّا لو قلنا انه يجب عليه فى ذلك اليوم التسليم فى العراق و هو متعذّر فالمتّجه فيه السّقوط لقبح التّكليف بما لا يطاق و يبقى خطاب الوضع و هو ثبوت الدّين لا انّه ينتقل إلى القيمة قياسا على تعذّر المسلم فيه فى بلد السّلم بعد بطلان القياس عندنا انتهى فلا تذهل

قوله طاب ثراه و لو طالبه فى ذلك البلد بقيمة فى بلد وجوب التّسليم و تراضيا على ذلك قال الشيخ (- ره-) لم يجز (- اه-)

توضيح ذلك انّهم اختلفوا فى جواز الدّفع للمديون و الأخذ لذى الحقّ فى الفرض على أقوال أحدها عدم الجواز افتى به الشيخ (- ره-) و جماعة الثانى الجواز مع الكراهة و هو خيرة المحقّق فى (- يع-) و جماعة بل قيل انّ عليه الأكثر الثالث الجواز من غير حرمة و لا كراهة و هو خيرة جملة من متأخرى المتأخّرين بل فى (- ئق-) انّ الظاهر انّه المشهور بين المتأخّرين حجّة الأوّل أمران الأوّل انّ القيمة عوض من مال السّلم و دفعها عوضا عنه من قبيل بيع الطّعام على من هو عليه قبل قبضه و هو غير جائز لأن المفروض كونه طعاما و أنت خبير بأنّه انّما يتمّ ان لو باع ما فى ذمّته بالقيمة و الفرض خلافه نعم لو تمّ أحد الأمرين لتمّ ما ذكره امّا دعوى كون ذلك بيعا (- مط-) أو دعوى انّ المحرّم مطلق الاستبدال و الأمران ممنوعان ضرورة كون ذلك استيفاء للحقّ غايته بغير جنسه و مثل ذلك لا يسمّى بيعا و حرمة مطلق الاستبدال ممّا لا دليل عليها فهو على فرض تسليم كونه معاوضة لا تلازم بينها و بين البيع فان قلت انّ الظّاهر انه لا خلاف فى انحصار المعاوضات فيما ذكره الفقهاء فى كتبهم و لم نر أحدا منهم زاد على الأخر قسما من المعاوضات فاذا لم يكن هذا مع كونه معاوضة بيعا فما ذا اذن من المعاوضات قلت انّ عدم تعرّضهم للفرض لا يمنع من جريان عمومات العقود بعد كونه وفاء بتراض فصدق اسم العوضيّة على ذلك لا يقتضى المنع منه بعد عدم كونه بيعا و عدم وقوع عقد السّلف عليه و اختصاص دليل الحرمة لو تمّ بالبيع كما مر الثانى ان عقد السّلف لم يجر على القيمة و لم يدلّ دليل على استحقاقها انّما المستحقّ هو الطّعام فان جازت المطالبة فبالطّعام و الّا فلا مطالبة بالقيمة نعم إذا تعذّر الطّعام و حرم من جهة المطالبة

ص: ۲۳۶

به انتقل إلى القيمة حكى كاشف الظّلام التمسّك به عن بعضهم ثمّ حكى عنه الجواب بانّ الطّعام لما حلّ و كان المسلّم اليه مقصّرا فى عدم حضوره عند الاستحقاق فى مكان التّسليم و لا مانع من تسليمه فى ذلك المكان الّا عدم حضوره فيه مع انه حقّ واجب عليه من باب المقدّمة فإذا أسقط المسلم حقّه من المطالبة بالطّعام و أسقطناه انتقل الى جواز المطالبة بالقيمة فى مكان التّسليم جمعا بين الحقّين ثمّ انّ الحاكى (- قدّه-) قال و لنعم ما قال انّ هذا السّؤال و الجواب انّما ينطبقان على مسئلة جبر المسلم اليه و عدمه و ذكرهما هنا غفلة لأنّ الكلام الآن فى جواز التراضى على ذلك و عدمه و ستسمع مسئلة الجبر و كان متخيّل هذا الوجه على غفلة عن محلّه غافلا و متغافل عمّا إذا انقطع المسلف عنه عند الحلول و كان لذلك متعذّرا على المسلم إليه فإنّه ينتقل و الحال هذه إلى القيمة البتّة لأنّ المبيع لا يمكن المطالبة به لاستلزام ذلك التّكليف بما لا يطاق مع انّ القيمة لم يجر عليها العقد حتّى ينتقل إليها و أقول الغفلة انّما هو من الحاكى ضرورة انّ المحكى عنه انّما هو محقّق (- مع صد-) و هو انّما ذكر ذلك فى مسئلة جبر المسلم و لم يذكر هنا كما لا يخفى على من راجعه انتهى حجّة الثانى هى الوجه الأوّل من حجّة الأوّل بضميمة انّ البيع قبل القبض مكروه غير محرم و الى ذلك أشار الماتن (- ره-) بقوله و على ما قلناه يكره ثمّ ان ذلك بناء على كون ما نحن فيه بيعا موضوعا أو حكما و امّا بناء على ما عرفت من المنع من ذلك فقد يحتجّ للكراهة بالخروج من خلاف الشّيخ (- ره-) و الخلاص من الشّبهة و قد نبّهنا آنفا على عدم افادة ذلك الكراهة الشرعيّة حجّة الثّالث أمور الأوّل أصالة برأيه ذمّة المسلم من حرمة الدّفع و ذمّة المسلم اليه من حرمة الأخذ و لا يخفى عليك انّه انّما ينفع بناء على حرمة البيع قبل القبض و امّا على القول بالكراهة فلا يخلو التمسّك بأصل البراءة من نظر لعدم رفعها الكراهة فالأجود التعلّق بأصالة عدم جريان حكم البيع قبل القبض عليه بعد عدم كونه بيعا عرفا الثّانى عموم تسلّط النّاس على أموالهم و جواز ما تراضيا عليه الثّالث طائفة من الأخبار فمنها المرسل كالصّحيح لابن ابى عمير الّذى رواه ثقة الإسلام (- ره-) عن محمّد بن يحيى عن احمد بن محمّد عن ابن ابى عمير عن ابان بن عثمان عن بعض أصحابنا عن أبى عبد اللّه (- ع-) فى الرّجل يسلم الدّراهم فى الطّعام إلى أجل فيحلّ الطّعام فيقول ليس عندى طعام و لكن انظر ما قيمته فخذ منّى ثمنه فقال لا بأس بذلك و منها ما رواه هو (- ره-) عن سهل بن زياد عن معاوية بن حكيم عن الحسن بن علىّ بن فضال قال كتبت الى ابى الحسن عليه السّلام الرّجل يسلفنى فى الطّعام فيجىء الوقت و ليس عندى طعام أعطيه بقيمته دراهم قال نعم و منها الصّحيح الّذى رواه هو (- ره-) عن محمّد بن يحيى عن محمّد بن الحسين و عن محمّد بن إسماعيل عن الفضل بن شاذان جميعا عن صفوان عن العيص بن القاسم عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال سئلته عن رجل أسلف رجلا دراهم بحنطة حتّى إذا حضر الأجل لم يكن عنده طعام و وجد عنده دوابا و متاعا و رقيقا يحلّ له ان يأخذ من عروضه تلك بطعامه قال نعم يسمّى كذا و كذا بكذا و كذا صاعا و قد يناقش فى دلالته بأن الأصحاب جعلوا القبض هنا من باب الاستيفاء و هو قد دلّ على المعاوضة لقوله و يسمّى (- إلخ-) و يوجّه بأنّه لعلّهم فهموا انّه لما كانت القيمة عروضا لا دراهم فلا بدّ من تشخيصها فى مقابلة الطّلب الّذى له فيحصل بذلك استيفاء حقّه و منها ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن الصّفار عن محمّد بن عيسى عن علىّ بن محمّد و قد سمعته من على قال كتبت اليه رجل له على رجل تمر أو حنطة أو شعير أو قطن فلمّا تقاضاه قال خذ بقيمة مالك عندى دراهم ا يجوز له ذلك أم لا- فكتب يجوز ذلك عن تراض منهما إنشاء اللّه الى غير ذلك من الأخبار فالقول الأخير هو الّذى بالقبول جدير و امّا ما رواه الشيخ (- ره-) بإسناده عن محمّد بن يحيى عن بنان بن محمّد عن موسى بن القاسم عن علىّ بن جعفر قال سئلته عن رجل له على أخر تمرا و شعيرا و حنطة يأخذ بقيمته دراهم قال إذا قوّمه دراهم فسد لأنّ الأصل الّذى اشترى

به دراهم فلا- يصلح دراهم بدراهم و رواه الحميرى فى محكى قرب عن عبد اللّه بن الحسن عن جدّه عن علىّ بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السّلام قال سئلته (- إلخ-) فلا ينافى ما ذكرناه لظهوره بمؤنة العلّة فيما إذا فسخ البيع و أخذ عوض الدّراهم الّتى أعطاه دراهم تزود عليها أو تنقص فى زمان الحلول فانّ ذلك هو الرّبا اما إذا أسقط حقّه من الطّعام بقيمته فلا يندرج فى الرّبا

بوجه و الأصل و الأخبار كافية فى تجويزه و لو فرض عدم دلالة الخبر على ذلك فلا يعارض الأخبار المذكورة المؤيدة بالعمل و المعتضدة بالأصل و عموم تسلّط النّاس على أموالهم مع انّ الخبر المذكور ممّا لم يعمل به الشّيخ (- ره-) (- أيضا-) بناء على عدم الإطلاق على ما قلناه فيترك للشّذوذ (- فت-) جيّدا

قوله طاب ثراه قولان المشهور كما قيل العدم

الواصف بالشهرة هو صاحب (- ئق-) و فى (- لك-) و مفتاح الكرامة تارة انّه الأشهر و اخرى انّ عليه الأكثر

قوله طاب ثراه الواجب فى ذمّته هو الطعام لا القيمة (- اه-)

هذا صغرى الدّليل و كبراه انّ ما فى ذمّته لا يجب دفعه فى البلد المذكور فالأولى ان لا يجب دفع ما لم تجر عليه المعاوضة و لم يقتضيه عقد السّلم مضافا الى الأصل

قوله طاب ثراه و عن جماعة منهم العلّامة (- ره-) فى (- كرة-)

قال فى مفتاح الكرامة انّى وجدت (- المصنف-) فى (- كرة-) فى موضعين منها لم يصرّح بالخلاف المذكور و لعلّه فى موضع أخر زاغ عنه النّظر نعم هو خيرة (- مع صد-) انتهى

قوله طاب ثراه لانّ الطّعام الذى يلزمه (- اه-)

فيه انّ لزوم الدّفع (- ح-) غير مسلّم حتى يترتّب عليه نزول فقد الطّعام الّذى يلزمه دفعه منزلة فقده فى بلد التسليم و بعبارة أخرى ليس ثمّ طعام يلزمه دفعه حتّى ينتقل إلى القيمة

قوله طاب ثراه و توضيحه انّ الطّعام قد حلّ (- اه-)

هذا التقرير من المحقّق الثّانى (- ره-) فى (- مع صد-) و قد جعله بعضهم دليلا أخر لقول العلّامة (- ره-) و تمسّك بعضهم بوجه ثالث و هو انّ منع المالك من المطالبة بحقّ حال و جعله متوقفا على الوصول الى بلد السّلم ضرر ظاهر فإنّه ربّما لم يكن له عزم العود الى ذلك البلد أصلا أو انّ الوصول اليه يحتاج إلى أضعاف المسلم فيه من المؤمن أو انّ المسلم اليه قد لا يظفر به بعد ذلك فيفوت حقّه بالكلّية و ما يقتضيه العقد من ارتفاق المسلّم اليه بالتسليم فى البلد المعيّن قد تحمّله المسلّم اليه فلو لا الانتقال إلى القيمة لضاع حقّه إذ ليس له المطالبة بالعين فلو لم نجعل له المطالبة بالقيمة على الوجه الّذى ينتفى به ضرر المسلم لأدّى إلى ضياع حقّه رأسا حكى الاستدلال بذلك فى (- لك-) ثمّ أجاب بأن هذه العلل لا توجب الانتقال إلى القيمة متى طلبها المسلم بل مع خوف ضياع حقّه بدونه للعلم بأنّه يختلف الضّرر فى موارد كثيرة بل غير ما ذكر كما لو كان المسلم فيه مصاحبا له فى الطريق الى البلد المعيّن للتسليم أو وكّل فى تسليمه فيه و نحو ذلك فانّ ذلك هو الّذى اقتضاه الأمر الشّرعى فالعدول عنه إلى القيمة (- مط-) غير جيّد نعم لو فرض الضّرر فى بعض موارده كما لو علم بالقرائن انّ المديون لا يرجع الى تلك البلدة و لم يوكل فى الإيفاء توكيلا يوجب تحصيل الحقّ فانّ الحقّ يفوت بالتأخير اتّجه (- ح-) رفع الأمر إلى الحاكم ليجبره على دفع

ص: ۲۳۷

العین أو القیمة فی بلد التّسلیم أو دفع العین فیها بوجه یمکن انتهی و هو متین

قوله طاب ثراه فتعذّر البراءة مستند الی غیبته (- اه-)

إذ لا مانع من التّسلیم الّا عدم حضوره فی ذلک المکان مع انّه حقّ واجب علیه من باب المقدّمة فإذا أسقط المسلم حقّه من المطالبة بالطّعام و أسقطناه إرفاقا بحال المسلم الیه انتقل حقّ المسلم إلی القیمة فی مکان التسلیم جمعا بین الحقّین و لیس کانقطاع المسلف فیه عند الحلول فانّ تعذّر العوض یمنع من استحقاق المطالبة به لانّه یستلزم التّکلیف بما لا یطاق و القیمة لم یجر علیها العقد لکن فی الاستدلال المذکور نظر ضرورة ان مثل هذه التّعلیلات لا یوجب الانتقال إلی القیمة متی طالبها المسلم و هی لم یجر علیها عقد و لا دلّ دلیل علی استحقاقها و انّما المستحقّ هو الطّعام فان ثبتت المطالبة فذاک و الّا فلا مطالبة بالقیمة و لا فرق فی ذلک بین ان یکون المسلم الیه قد قصّر أو لم یقصّر و الوجه فی الثّانی ظاهر و لهذا لم یفرض المسئلة فیه و امّا الأوّل فلا ریب فی انّ تقصیره لا یوجب ما ذکره عقلا و لا شرعا و لعلّه الی ذلک أشار فی الجواهر بالجواب بانّ الحلول أعمّ من ذلک و التقصیر مع إمکان فرض عدمه هو أعمّ منه (- أیضا-) و لا تعارض بین الحقّین حتّی یجمع بینهما بذلک علی انّ اللّه تعالی قد جمع بینهما بإمرة المؤمنین بالوفاء بالشروط

قوله طاب ثراه الثّانیة ان یکون ما علیه قرضا (- اه-)

توضیح القول فی ذلک انّه إذا استقرض منه بالعراق طعاما أو غیره فان اشتراط الأداء فی بلد التّسلیم أو أطلق اشتراط الدّفع فی بلد معیّن غیر بلد التّسلیم لزم ذلک و لم یجب علی المدیون دفعه فی غیر البلد الّذی تعیّن الدّفع فیها کبلد التّسلیم عند الاشتراط أو الإطلاق أو بلدة معیّنة عند اشتراطها کما لا یجب علی الغریم القبول فی غیر بلد تعیّن الدّفع فیها نعم ان تراضیا بالدّفع فی البلد الواجب دفعه فیها جاز ذلک للأصل و عمومات تسلّط النّاس علی أموالهم و حقوقهم بعد فقد المانع المحتمل فی صورة السّلم و هو بیع الطّعام المنتقل بالبیع قبل قبضه فإنّه ان جعل الدّفع وفاء فواضح و ان جعل بیعا کان بیعا لغیر المنتقل بالبیع و معه لا بأس إجماعا کما تقدّم و من هنا نفی فی (- لک-) الشّبهة عن الجواز هنا و عن الصّیمری فی غایة المرام نفی الخلاف فیه و لا بأس به ظاهرا و انّما الخلاف فی انّه هل للغریم المطالبة بالمثل أو القیمة فی غیر البلدة الّتی تعیّن الدّفع فیها أم لا وجهان بل قولان بل وجوه و أقوال أحدها ما عن (- لف-) من انّه یجب علی المدیون دفع المثل وقت المطالبة فإن تعذّر فالقیمة بسعر العراق ای بلد القرض و فی (- مع صد-) ان فیه قوّة و هو الّذی یظهر من المحقّق الورع الأردبیلی المیل ثانیها ما عن (- ط-) و (- کرة-) و (- یر-) و غایة المرام من انّه لا یجبر علی دفع الطّعام و انّما یجبر علی دفع قیمته بسعر العراق بل قیل انه یلوح من غایة المرام و القاضی انّه لا خلاف فیه و إن کان فیه ما لا یخفی ثالثها انّه لا یجبر علی شیء منهما و انّما یجبر علی الدّفع فی البلد الواجب دفعه فیها و هو خیرة العلّامة (- ره-) فی (- شاد-) و ثانی الشهیدین (- رهما-) فی (- لک-) و جماعة من الأواخر حجّة الأوّل ما تمسّک به فی (- ئق-) ممّا رواه الشیخ (- ره-) فی الموثق عن سماعة عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال سئلته عن رجل لی علیه مال فغاب عنّی زمانا فرأیته یطوف حول الکعبة فأتقاضاه قال قال لا تسلّم علیه و لا تردعه حتّی یخرج من الحرم محلّ التسلیم قال المستدلّ ان ترک الاستفصال یفید العموم فی المقال کما ذکروه فی غیر مقام قلت أراد بترک الاستفصال ترکه بین ان محلّ التسلیم هل کان هو الحرم أو مکان أخر و بین انّ المال هل کان من القرض أم من غیره و أنت خبیر بانّ مساق الرّوایة انّما هو ملاحظة حرمة الحرم و لا دلالة فیها علی انّ المطالبة بعد الخروج من الحرم هل هو بالدّفع فی موضع الملاقاة أو فی موضع التّسلیم و بعبارة أخری غایة ما تدلّ علیه الرّوایة جواز المطالبة بعد الخروج من الحرم و نحن لا نمنع من جواز المطالبة فی غیر بلد التسلیم بالتّادیة فی بلد التّسلیم و انّما الممنوع منه المطالبة بالدّفع فی غیر مورد الوجوب و الخبر لا عموم فیه من هذه الجهة یقتضی الجواز کما لا یخفی مع انّ ظاهره کون المدیون هاربا منه ممّا فی الأداء و المطالبة معه لا نمنعها الّا انّه لا یطالبه بالمثل و القیمة بل یخیّره بین شیء منهما و بین المضیّ معه الی بلد التسلیم کما هو واضح حجّة الثانی هی الثالث من حجج القول الأوّل من القولین فی السلم من ان منع المالک من المطالبة بحق حالّ و جعله متوقّعا علی الوصول الی بلد السّلم ضرر فحیث لم

نجعل له المطالبة بالعين لزم من نفى استحقاقه المطالبة بالقيمة تضييعا لحقه الى أخر ما مرّ موضحا مع جوابه حجّة الثالث انّ الإطلاق منزّل على قبضه فى بلده فليس للمقرض المطالبة به فى غيره كما انّه لو بذل له المقرض لم يجب عليه قبضه (- أيضا-) لما فى نقله الى ما عيّنه الشارع مرضعا للقبض من المؤنة و إذا لم يجب عليه دفع عين الحقّ فكذا قيمته لعدم وقوع المعاوضة عليها و لو شكّ فالأصل عدم وجوب دفعه فى غير بلد التعيين كذا قيل و قد يناقش فيه أوّلا ـ بأنّ إطلاق القرض ليس كإطلاق البيع و شبهه فان تخصيص وجوب التّسليم فى بلد العقد هناك ممّا يستفاد من نفس إطلاق العقد بخلاف القرض فانّ الظّاهر انّه مبنىّ على حلول ردّ المثل متى طلبه المقرض أو دفعه المقترض الّا ان يشترط أحدهما الدّفع فى مكان معيّن فانّ الظّاهر لزومه لقاعدة الشّرط كما سيجىء فى محلّه و إذ كان الإطلاق (- كك-) فإنّه ظهر وجوب الدّفع متى طولب به كالغصب خلافا لمن اشترط مصلحة المقرض ثمّ قال المناقش اعنى كاشف

الظّلام نعم قد يستثنى ما إذا اختلف المكافاة فى قيمته المثلى فيكون فى موضع المطالبة أكثر بأن يقال بعدم وجوب الدّفع (- ح-) للضّرر الّا ان يرضى المقترض بقيمة موضع القرض جمعا بين الحقّين ثمّ تنظّر فيه بأنّه بعد تسليم اقتضاء العقد الحلول (- مط-) فأىّ دخل لزيادة القيمة و نقصها و الّا لأثّر زيادة القيمة فى مكان القبض عن قيمة وقت القرض فى الانتقال إلى القيمة ثمّ قال سلّمنا انّ إطلاق القرض يقتضى تعيين تسليم مثله فى بلده و لكن نقول ثانيا بأنّ إطلاق القول بعدم وجوب الدّفع على المقترض حتى لو كان ممّا لا يوثق بعوده على حدّ ما قرّرناه فى الإشكال فى السّلم لا وجه له كما سمعت ثمّ قال و ليعلم انه بناء على الجواب الأوّل من هذين يكون المطالبة بالطّعام أو القيمة فى بلد المطالبة و على الثّانى يكون المطالبة بقيمة بلد التّسليم انتهى كلامه علا مقامه و أقول قد كان يخطر بالبال قبل العثور على مقالة الإشكال بتقرير أخر و هو انّهم صرّحوا بانّ القرض من العقود الجائزة و من آثار العقد الجائز ان لكل من الطّرفين الفسخ متى شاء و أحبّ و انّ الشرط المذكور فى ضمنه غير لازم الوفاء و الّا لزم مزيّة الفرع على الأصل ثمّ الفسخ كما يكون يقول فسخت فكذا يكون بالالتزام و على هذا فيلزم جواز المطالبة بمال القرض فى أىّ موضع شاء و أحبّ مثلا ان أمكن و قيمته ان تعذّر المثل سواء شرط الدّفع فى موضع التّسليم أو فى موضع أخر معينا أو أطلق وجه اللّزوم انه إذا كان القرض جائزا جاز الفسخ و كانت المطالبة فسخا بالالتزام و اشتراط الدّفع فى موضع التّسليم لا يؤثر بعد عدم لزوم المشروط فيه و من هنا يظهر ما فى تسليم الفاضل المذكور لزوم الشرط نظرا الى عمومات الشّروط فإنّها مخصّصة بالشروط المذكورة فى ضمن العقود

ص: ۲۳۸

اللازمة كما ظهر انّ الحقّ هو القول الأوّل من وجوب دفع المثل على المديون حيثما طالبه المقرض مع الإمكان و مع التعذّر فالقيمة

قوله طاب ثراه ثمَّ انه اعترض فى (- لف-) بتعيّن قيمة بلد القرض (- اه-)

لعلّ نظره فى ذلك الى ان موضع القرض هو موضع اشتغال الذّمة بذلك فتتعيّن قيمة ذلك الموضع

قوله طاب ثراه و فيه تأمّل

(- فت-) وجه التأمّل انّ موضع التّسليم و إن كان موضع اشتغال الذّمة الّا انّ المشتغل به هناك انّما هى العين و امّا الانتقال إلى القيمة و اشتغال الذّمة بها فموضعه موضع المطالبة فيلزم ان يكون المدار على قيمته لا قيمة بلد القرض و يومه

قوله طاب ثراه و ظاهر بعض عدم جواز المطالبة (- اه-)

قد عرفت آنفا القائل به و دليله كما عرفت سقوطه و لعلّه الى ما تقدّم من وجوه السّقوط أشار الماتن (- ره-) بالأمر بالتأمّل فى ذيل العبارة

قوله طاب ثراه انّه لا يجوز مطالبته بالمثل (- اه-)

تقييد المطالبة بالمثل يكشف عن جواز مطالبته إيّاه فى غير بلد الغصب (- أيضا-) فى الجملة و هو (- ككك-) بلا اشكال فيما يطالبه به على أقوال أحدها ما عزاه الماتن (- ره-) الى الشيخ و القاضى استنادا الى ما فى المتن ثانيها المطالبة بالمثل حيث كان و بالقيمة الحاضرة عند المطالبة و الإعواز و هو خيرة (- يع-) و (- عد-) و (- شاد-) و (- مع صد-) و (- لك-) و عن الشيخ يوسف والد العلّامة و غاية المرام (- أيضا-) اختيار ذلك نظرا إلى انّه حقّ ثبت عليه بعد و انه فيعمّ كلّ مكان و هو مؤاخذ بأسوء الأحوال و وجه وجوب القيمة عند الإعواز انّه وقت الانتقال من المثل إلى القيمة فى المثلى ثالثها ما اختاره فى محكى (- لف-) من الإجبار على دفع المثل فان تعذّر فقيمة بلد الغصب كالقرض نظرا فى وجوب دفع المثل حيثما طالبه ذو الحقّ الى ما عرفت من حجّة الثّانى و فى كون المطالب عند تعذّر المثل قيمة بلد الغصب إلى انّه موضع اشتغال الذّمة و فيه ان بلد الغصب هو موضع الاشتغال بالعين و قد تعذّرت و امّا الاشتغال بالقيمة فموضعه موضع الانتقال إلى القيمة بالتعذّر فتدبّر

قوله طاب ثراه و يحتمل وقت التعذّر لانّه وقت الانتقال إلى القيمة

فيه انّ الانتقال إلى القيمة عند تعذّر العين ليس مستقرّا بل هو فى كلّ آن على سبيل البدل مخاطب بدفع المثل مع التمكّن أو القيمة مع الإعواز و لو كان الانتقال إلى القيمة حين التعذّر مستقرّا لما عاد الخطاب بالعين إذا عاد التمكّن فتعيّن قيمة يوم الدّفع هو الأظهر يقول مصنّف هذه الحاشية عبد اللّه المامقانى انّ هناك عدّة مسائل قد تداول الفقهاء (- رض-) التعرّض لها فى باب القبض لم يتعرّض لها الماتن (- قدّه-) و لا بأس بختم الكتاب بها الأولى انه إذا قبض المشترى المبيع ثمَّ ادّعى نقصانه و لم يكن حين الكيل أو الوزن حاضرا فالقول قول المشترى فيما وصل اليه مع يمينه و البيّنة بيّنة البائع فإن أقامها و الّا حلف المشترى و أخذ التّفاوت و ذلك ممّا صرّح به جمع قاطعين به بل فى الرّياض انّه (- ككك-) قولا واحدا بل عن (- كرة-) نسبته إلى علمائنا و غاية ما تمسّكوا به لذلك وجهان أحدهما ما فى هداية الأنام لبعض مشايخ العصر (- قدّه-) من التعلّق بظهور اتفاقهم عليه المعتضد بمخالفة من جعل اللّه تعالى الرّشد فى خلافهم قال فإنّهم ذهبوا الى غير ذلك كما فى (- كرة-) بل لعلّ المقام ممّا ورد الأخذ فيه بخلاف قول قاضى البلد إذا لم يرد فيه نصّ عنهم الثّانى أصالة عدم وصول حقّ المشترى إليه السّالمة عن معاوضة الظّاهر و غيره كما صرّح به غير واحد فيكون منكرا و البائع مدع و البيّنة على المدّعى و اليمين على من أنكر و فى الوجهين جميعا نظر امّا الأوّل فلانّ المحصّل منه غير حاصل و المنقول صريحا غير موجود و لو كان فليس حجّة و تأييد ذلك بمخالفة من جعل الرّشد فى خلافه لا وجه له لانّ ذلك انّما هو عند تعارض الخبرين و ما ذكره من انّ المقام ممّا ورد الأخذ بخلاف قاضى البلد ساقط لكون مورد ذلك (- أيضا-) الخبرين و الّا فأصول قواعد الدّعوى من كون اليمين على المنكر و البيّنة على المدّعى احكام نبويّة مشتركة بيننا و بينهم كما لا يخفى و امّا الثّانى ففيه أوّلا ان تميز

المدّعى من المنكر غير منحصر فى الأصل بل له طرق أخر بل الحق الحقيق بالقبول كما بيّناه غير مرّة كون المرجع فى ذلك الصّدق العرفى ضرورة انّ المدّعى و المنكر من الموضوعات المستنبطة المتعيّن استفادتها من العرف و اللّغة و المدّعى عرفا من يترك لو ترك هو الدّعوى و المنكر من يترك هو ان تركه غيره و نحن نرى هنا بالعيان ان المشترى لو سكت لسكت عنه البائع فينبغى ان يكون القول قول البائع مع يمينه ان لم يقم المشترى بيّنة على دعواه و ثانيا انه على فرض البناء فى التميّز على كون المدّعى من يخالف قوله الأصل و المنكر من يخالف قوله الأصل نقول كما ان قول المشترى يوافق أصالة عدم وصول حقّه اليه فكذا قول البائع يوافق أصالة عدم نقص ما قبضه المشترى عن حقّه فالأصلان متعارضان بل الحكم للثّانى منهما لانّ الشكّ فى وصول حقّه إليه ينشأ من الشكّ فى نقص ما قبضه عن حقّه فأصالة عدم النّقص سببيّة و أصالة عدم الوصول مسبّبيّة و السّببى مقدّم على المسبّبى بلا ريب كما تقرّر فى محلّه فيكون الموافق للأصل المعتبر هو قول البائع فيلزم ان يكون القول قوله مع يمينه و بالجملة فلم افهم لما ذكروه (- قدّهم-) من تقديم قول المشترى بيمينه من مستند و لا وجه بل الّذى يقتضيه التحقيق هو تقديم قول البائع بيمينه الّا ان يكون للمشترى بيّنة فتسمع قطعا و لا يقدح فى صحّة ما اخترناه ذهاب بعض العامّة اليه على ما قيل فان سلوك العامى مسلكا هو حقّ عندنا لا يمنع من اختيار ذلك المسلك و لا يرفع عنه وصف الحقيّة و الحقّ أحقّ ان يتبع بل قد يؤيّد ما قلناه أصالة الصّحة فى دفع المسلم و قبضه إذ الفرض انّه قبض على انّه تمام الحقّ و صحّة كلّشىء بحسبه كما فى الجواهر فتأمّل المسئلة الثّانية إذا قبض المشترى المبيع ثمّ ادّعى نقصانه و كان قد حضر عند الكيل و الوزن فالقول قول البائع بيمينه و البيّنة بيّنة المشترى و ذلك أحد الأقوال فى المسئلة و أشهرها بين الطائفة بل عن (- كرة-) نسبة الى علمائنا بل فى الرّياض نفى وجدان الخلاف فيه و كأنه لم يطلع على غيره من الأقوال للنّدرة و قد تصدّى لتوجيه هذا القول فى (- لك-) بأنّ الأصل و إن كان عدم وصول المشترى إليه فى الصّورتين الّا انّ العمل على الظّاهر فانّ الظّاهر انّ صاحب الحقّ إذا حضر استيفاء حقّه يحتاط لنفسه و يعتبر مقدار حقّه فيكون هذا الظّاهر مرجّحا لقول البائع و
مقوّيا لجانبه و معارضا للأصل فيقدم قوله بيمينه قال و هذا ممّا رجّح فيها الظّاهر على الأصل و هو قليل ثمّ قال و يمكن توجيهه بوجه لا يحصل به التعارض بان يقال انّه عند قبضه للحقّ و قبل دعواه الاختبار المؤدّى إلى النّقصان كان يعترف بوصول حقّه اليه و قبضه له كله فاذا ادّعى بعد ذلك النقصان كان مدّعيا لما يخالف الأصل إذ الأصل برأيه ذمّة البائع من حقّه بعد قبضه و يخالف الظّاهر (- أيضا-) كما قلناه فيبقى الأصل و الظّاهر على خلاف دعواه فان قيل هذا يستلزم قبول قول البائع (- مط-) لعين ما ذكرتم من التعليل قلنا إذا لم يحضر المشترى الاعتبار لا يكون معترفا بوصول حقّه اليه لعدم اطّلاعه عليه حتّى لو فرض حصول ما يقتضى الاعتراف يكون مبنيّا على ظاهر الحال و معتمدا على قول غيره الّذى يمكن تطرّق الخلل اليه كثيرا بخلاف ما لو حضر و (- أيضا-) فان البناء على ظاهر الحال لا يقتضى الإقرار بوصول حقّه اليه بوجه حتّى لو صرّح بأن الّذى وصل

ص: ۲۳۹

الى تسليمه على انّه مجموع المبيع بناء على الظاهر و ركونا الى قول الغير لم يكن إقرارا بوصول جميع حقّه اليه بخلاف ما لو أقرّ بقبض الجميع بناء على حضوره الاعتبار فإنّه يكون إقرارا صحيحا فيتحقّق الفرق انتهى كلامه علا مقامه و هو و ان دقّق النّظر و حقّق الأمر الّا انّ الكلام معه فى المبنى إذ ليت شعرى أى دليل دلّ على تميز المدّعى من المنكر بموافقة الأصل و مخالفته و موافقة الظّاهر و مخالفته ا ليس اللّفظان من موضوعات الأحكام فى الكتاب و السّنة أم ذهل عن ان اللّه تعالى ما أرسل رسولا الّا بلسان قومه و انّه يرجع فى خطاباته و خطابات رسوله (- ص-) الى عرف القوم و لسانهم أم يشكّ فى ان المدّعى فى العرف من يتركونه ان ترك هو الدّعوى أم يتأمل فى انّ المشترى هنا لو ترك دعوى النّقيصة لتركه البائع فالمشترى هو المدّعى و البائع هو المنكر و البيّنة على المدّعى (- مط-) و اليمين على المنكر دائما فالحقّ الجرى فى المسئلتين على مسلك واحد و هو الرّجوع الى العرف و تقديم قول البائع فى الفرضين و اللّه العالم و ربّما تأمّل صاحب (- ئق-) (- أيضا-) فى الحكم المشهور فمنع أوّلا من حجّية الظّهور ثمَّ ناقش فيه باحتمال السّهو و الغفلة من المشترى و الاعتماد على كيل البائع و وزنه و الحقّ ما عرفت تنبيهات الأوّل انّه حكى عن العلّامة (- ره-) انّه فصّل فى (- كرة-) بتقديم قول مدّعى التمام ان اقتضى النّقص بطلان العقد كالتصرّف بعد التفرّق و السّلم و الّا فيقدّم قول مدّعى النّقص و عن (- س-) احتمال ذلك قيل و لعلّه لاندراج الأوّل فى مدّعى الصّحة و الفساد بخلاف الثّانى و إن كان قد يناقش كما فى الجواهر يمنع كون الأوّل (- كك-) بعد فرض عدم اعترافه بما يقتضى الحكم عليه بالصّحة كما لو قال قبضته بإخبار البائع أنّه تمام و الفرض تسليم البائع ذلك مجرّد ذلك لا يقتضى الحكم عليه بصحّة العقد المشترط فيه التقابض الّذى مقتضى الأصل عدم حصوله و إن كان قد وقع العقد بمعنى الإيجاب و القبول إذ ذلك بمجرّده لا يقتضى حصول الشرط المتأخّر كما هو واضح خصوصا بعد ملاحظة نظائره ممّا يشترط فى صحّته القبض كالرّهن و الهبة و نحوهما بل ربّما زاد بعض مشايخ العصر (- ره-) فاعترض على التوجيه المذكور بأن أصالة العدم جارية فى المقامين و أصالة صحّة العقد بمعنى ترتّب أثره عليه انّما تجرى بعد البناء على صحّته ظاهرا و ترتّب أثره شرعا من المتعاقدين و لو فى الجملة و بعد الإقرار بوقوع البيع مثلا ثمَّ النّزاع فيها و أنت خبير بما فيه ضرورة أن تسالمهما فى الفرض على وقوع البيع حاصل و كذا على وقوع القبض و انّما النزاع فى صحّة القبض و فساده و قد قام الإجماع على تقديم مدّعى الصّحة و من هنا يتوجّه الإشكال على ما سمعت من شيخ الجواهر بان عدم تماميّة التّوجيه فى بعض فروض المسئلة كقوله قبضت بإخبار البائع أنّه تمام لا يقتضى رفع اليد عن قاعدة تقديم قول مدّعى الصّحة حتى فى المورد الذى لا مانع من جريانه فيه بعد عدم ثبوت اتّفاقهم على عدم الفصل كما لا يخفى فالأولى ردّ التّوجيه بمنع رجوع دعوى التمام الى دعوى الصّحة و دعوى النّقص الى دعوى الفساد كى تجرى القاعدة ضرورة ان صحّة كلّشىء بحسبه و صحّة القبض عبارة عن وقوعه على النّحو الشرعى كإقباضه من المشترى أو وكيله و هما فى الفرض متسالمان على الصّحة بهذا المعنى و انّما النّزاع فى حصول قبض ذى الحقّ جميع الحقّ أو بعضه و ذلك لا ربط له بدعوى الصّحة و الفساد بوجه و دعوى انّ صحّة القبض عبارة عن أخذ جميع الحق واضحة السّقوط الثانى انه ربّما يحكى عن أية اللّه فى (- لف-) قول أخر فى المسئلة الثّانية و هو ان القول قول البائع بيمينه ان ادّعى المشترى نقصا كثيرا و الوجه قبول قوله فى قليل يمكن وقوعه فى الكيل قال فى الجواهر و كأنّه لحظ عدم الظّهور يعنى ظهور الحضور فى تماميّة المقبوض فى الأخير يعنى قلّة التّفاوت بخلاف الأوّل ثمَّ قال و فيه منع قلت لا وجه للمنع بعد كون المبنى فى تقديم قول البائع فى الفرض ظهور الحضور فى التّماميّة فالأجود توجيه المنع إلى أصل البناء على كون المدّعى من خالف قوله الظّاهر كما ارتكبه هو (- ره-) فى المسئلة الأولى حيث قال و احتمال ان القول قول البائع بيمينه ان ادّعى المشترى نقصانا كثيرا قد لا يخفى مثله على القابض بخلاف القليل الّذى يمكن خفائه نحو ما تسمع من (- ير-) فى صورة الحضور ناشئا من ملاحظة معارضة الظاهر

للأصل فى الأوّل بخلاف الثّانى يدفعه منع الظهور (- مط-) مع عدم الحضور أوّلا و منع حجّيته بحيث يعارض الأصل ثانيا و دعوى انّه به يكون البائع منكرا بناء على انّه ما وافق الظّاهر فيقدّم (- ح-) بيمينه يدفعها مضافا الى ما عرفت منع تسليم كون المنكر ذلك بل

القول بأنّه ما وافق قوله الأصل أقوى منه نعم لو فرض قرائن تشهد بكذب المدّعى على وجه يحصل العلم للحاكم لم تسمع دعواه لذلك كما لو ادّعى قبض حقّه بعنوان انّها وزنه و كان من أهل الخبرة انتهى كلامه علا مقامه فلا تذهل الثالث انّ ما ذكر انّما هو فيما لو اعترف المشترى بقبض المبيع و ادّعى نقصانه و امّا لو قال حضرت و لم تعطنى جميع حقّى الّذى وقع عليه العقد و قال البائع قد أقبضت فقد صرّح جماعة منهم العلّامة (- ره-) فى (- عد-) و الشهيد (- ره-) فى اللّمعة و محكى (- س-) و الحواشى و المحقّق و الشّهيد الثانيان فى (- مع صد-) و (- لك-) و (- الروضة-) و غيرهم بانّ القول قول المشترى بيمينه سواء حضر الاعتبار أم لا بل فى مفتاح الكرامة انّه ممّا لم يجد فيه مخالفا و لا متأمّلا و فى كشف الظّلام انّ الظاهر انّه لا خلاف فيه بل عليه الإجماع على الظاهر المصرّح بما يظهر منه ادّعائه فى الكفاية و الرّياض انتهى و الوجه فى ذلك انّه فى الفرض السّابق كانا متّفقين على قبض المبيع و انّما كان المشترى يدّعى النّقص و البائع ينكره و هذا بخلاف الفرض فإنّهما لم يتّفقا هنا على تسليم المبيع و انّما البائع يدّعيه و المشترى ينكره فهنا لو ترك البائع دعوى الإقباض لتركه المشترى لا يقال ان ترك المشترى غير متصوّر بعد مطالبته بعد ذلك بالمبيع بل الّذى يترك النزاع لو ترك صاحبه الدّعوى هو البائع فإنّ المشترى لو ترك دعوى عدم وصول الحقّ إليه لسكت البائع لأنّا نقول انّ اعتراف البائع لوقوع البيع اقتضى اشتغال ذمّته بالمبيع و لازم ذلك كونه مدّعيا لأنّه يدّعى تحصيل البراءة و المشترى ينكر ذلك و انّ البائع يترك دعوى تحصيل البراءة لسكت المشترى و مطالبته له بالمبيع لا يقتضى كونه مدّعيا بعد كون الاشتغال ثابتا باعتراف المنكر و من هنا ظهر الفرق على المختار فى أصل المسئلة بينها و بين الفرض و امّا على مذهب الجماعة من الفرق هناك بين الحضور و عدمه بتقديم قول البائع فى الأوّل و قول المشترى فى الثّانى و إطلاق تقديم قول المشترى فى الفرض فالفرق انّهما لم يتّفقا على تسليم المبيع و انّما البائع يدّعيه و المشترى ينكره و لا يلزم من حضور المشترى الاعتبار حصول تسليمه و امّا فى المسئلة الأولى فقد اتّفقا على تسليم ما يعدّ انه مبيعا و المشترى يدّعى نقصانه عن القدر المعيّن و لا يلزم من هذا انّه يجب ان يكون القول قول البائع (- مط-) حضر المشترى الكيل أم لم يحضر لأنّه إذا لم يحضر الاعتبار لا وجه لتقديم قول البائع لأنّه انّما بنى على قول غيره و تمسّك بظاهر الحال و تطرّق الخلل اليه كثير بخلاف ما لو حضر و (- أيضا-) فالبناء على ظاهر الحال لا يقتضى وصول حقّه بوجه فإنّه لو صرّح بأنّ الّذى وصل الىّ تسلّمته على انّه مجموع المبيع بناء على الظّاهر و ركونا على قول الغير لم يكن إقرارا بوصول حقّه إليه فالأصل فى المقام عدم وصول حقّه اليه و بقاؤه عند البائع و ليس لهذا الأصل معارض من ظاهر و غيره

ص: ۲۴۰

كما فى الشق الأخر فكان قوله بيمينه هو المقدّم و الى ذلك أشار الشيخ الشهيد الثانى (- ره-) فى (- لك-) بقوله و لو انّه مع فرض حضوره ادّعى عدم قبض جميع حقّه محوّلا لها عن دعوى الغلط قبل قوله (- أيضا-) لأصالة عدم قبض الجميع و ما ذكر من الأصل الأخر و الظّاهر منتف هنا إذ يلزم من حضور المشترى الاعتبار قبضه لجميع حقّه و هو واضح و هذه من الحيل الّتى يترتّب عليها الحكم الشّرعى فإنّه مبنىّ على القواعد الظّاهرة المنضبطة انتهى (- فت-) الرّابع انّ الظّاهر اتّحاد الحكم المزبور فى المعدود و لو مذروعا كالمكيل و الموزون و ان اقتصر بعضهم على الثانى كما نبّه على ذلك فى مفتاح الكرامة و الجواهر و غيرهما لاتّحاد الطريق فى الجميع الخامس انّه على القول بالفرق بين حالتى الحضور فى أصل المسئلة فهل حضور الوكيل كحضور الموكّل وجهان أشبههما الاتّحاد لاتّحاد الطريق (- فت-) جيّدا السّادس انه قال فى الجواهر انّ المدار فى الظاهر الّذى يترتّب عليه الحكم هو ما كان متحقّقا فى غالب الأفراد لا ما اتّفق باعتبار فرد خاصّ قد انضمّت اليه بعض القرائن الحاليّة أو المقاليّة (- فت-) جيّدا انتهى و هو متين بناء على اعتبار الظّاهر فى المقام كما عليه الجماعة المسئلة الثّالثة انه لو اشترى عينا بعين و قبض إحديهما ثمّ باع ما قبضه و تلفت العين الأخرى فى يد بائعها بطل البيع الأوّل و لا سبيل إلى إعادة ما بيع ثانيا بل يلزم البائع قيمته لصاحبه و هذا الذى ذكرناه ينحلّ الى حكمين صرّح بهما جمع كثير قاطعين بهما بل فى (- ئق-) نسبتهما إليهم بل نفى بعضهم معرفة الخلاف فيهما و هو فى محلّه إذ لم يحك خلاف فى ذلك و لم نقف على من تأمّل فيهما أو خالف و الحجّة امّا على الحكم الأوّل و هو بطلان البيع الأوّل فهى ان تلف المبيع قبل القبض من مال بايعه بمعنى انّ المبيع ينتقل قبل التّلف آنا ما الى ملك البائع فيتلف منه فالتّلف مستلزم للانفساخ قبل التّلف بان و هو المطلوب لكن لا يخفى عليك انّ هذا الوجه انّما يتمّ حجّة على إطلاق الحكم المذكور ان لو قلنا ان حكم الثمن فى كون تلفه ممّن انتقل منه حكم المبيع و الّا لم يفد الوجه المذكور الّا بطلان البيع الأوّل فى خصوص ما إذا كان التّالف هو المبيع كما لا يخفى و امّا حجّة الحكم الثّانى و هو عدم بطلان البيع الثّانى ببطلان الأوّل فهى ان لازم ما ذكر من مبنى الوجه الأوّل انّما هو انفساخ البيع من حين التّلف اى قبله بآن فيكون البيع الثّانى مصادفا للملك ضرورة ان العين المبيعة كانت ملكا خالصا للبائع و انّما طرء البطلان على العقد بعد انتقال العين فلا يؤثر فيما سبق من التصرّفات بل يلزم البائع الثانى دفع المثل إن كانت العين مثليّة و القيمة إن كانت قيميّة كما لو تلفت العين و بالجملة فلا سبيل الى بطلان المعاوضة الصّحيحة اللازمة لمجرّد حدوث مبطل المعاوضة الأولى بالنّسبة إلى الآن الواقع بعد المعاوضة الثانية فان الحقّ هنا متعلّق بثالث فيجعل بمنزلة التّلف لانّ المانع الشرعى كالمانع العقلى و كما يقدر رجوعه الى ملك ناقل هناك فكذا (- فت-) جيّدا تنبيهات الأوّل انّه قد يحتمل فى المقام وقوف العقد الثّانى على حصول القبض من الطّرف الأخر نظرا الى تعلّق حق الغير بالمبيع على تقدير التلف فلا يكون ملكا (- مط-) للبائع و فيه انّ المنافى لذلك انّما هو فعليّة الحق لا (- مط-) و ان لم يجز إتلافه بأكل و نحوه مع انّه جائز قطعا الثانى انّ المعتبر هل هو القيمة يوم البيع أو يوم تلف العين الأخرى وجهان من انّه وقت تعذّر المثل و من انّ القيمة (- ح-) لم تكن لازمة للبائع و انّما لزمت بتلف العين الأخرى الموجب لبطلان البيع و لعلّ الثّانى أجود الثّالث انه لو كان العقد الثانى جائزا و لو لخيار فيه ففى وجوب فسخه عليه وجهان من أنّه كالهبة قبل التصرّف و من الأصل و منع كونه كالهبة و هذا أقرب و عليه فهل يجب لو اختار الفسخ دفع العين الى مالكه الأوّل أم لا وجوه ثالثها التّفصيل بين ما بعد دفع القيمة و ما قبله بوجوب دفع العين على الثانى دون الأوّل و منشأ الاحتمال الأوّل الّذى قوّاه فى الجواهر انّه و إن كان للفسخ مدخلا فى الملك من حينه الّا انّ المملّك الأوّل قد انفسخ ففسخ العقد الثّانى يرجعه على مقتضى العقد الأوّل المفروض انفساخه فيعود الملك الى مالكه الأوّل بمجرّد فسخ العقد نعم لو كان انتقاله اليه بعقد جديد كهبة و نحوها اتّجه عدم وجوب دفع العين عليه و

منشأ الاحتمال الثّانى انّ دخولها فى الملك بالفسخ بمنزلة الملك الجديد و بالتّلف قد اشتغلت ذمّة المشترى بقيمتها و لا تعلّق للبائع بها مع كونها فى ملك غيره و لا دليل على برأيه ذمّته منها و تعلّق حقّ البائع بالعين بمجرّد تجدّد ملك لها و الأصل البقاء فيهما معا و لا شاهد على كون التّلف فى هذه الصّورة ليس موجبا لشغل ذمة المشترى بالقيمة و انّما هو موجب لعدم تملّكه للعين بالسّبب الجديد

فتكون فائدته عود الملك إلى الأوّل ابتداء أو بعد دخوله فى ملك المشترى انا ما بل قد يقال بان المبيع المقبوض لو خرج عن ملك المشترى ثمّ عاد اليه قبل تلف عوضه ثمّ تلف العوض قبل قبضه و انفسخ البيع لم يرجع المبيع إلى بائعه و انّما يوجب له قيمته على المشترى للأصل و لأنّها هى المستحقّة حال خروجه عن ملكه و لانّ الانفساخ انّما يوجب رجوع ما أثره نفس العقد المنفسخ ما دام باقيا على حاله اقتصارا على المتيقّن فى مخالفة الأصل لا ـ رجوع الملك (- مط-) اللهمّ الّا ان يتمّ إجماع على عدمه و على رجوع الملك (- مط-) بمجرّد مقارنة الانفساخ لكون الملك للمشترى و نحوه و انّى له بذلك و منشأ الاحتمال الثّالث انّه مكلّف بردّ العين و انّما ينتقل إلى القيمة بتعذّره أو بكونها فى ملك غيره حال دفعها و كلاهما مفقودان فى صورة الفسخ قبل دفع القيمة و هذا بخلاف ما بعد دفع القيمة ضرورة ملك البائع (- ح-) للقيمة بمجرّد قبضها و لا دليل على جواز فسخه له و الرجوع بعينه فتأمّل جيّدا الرّابع انّه لو تلف العين الأخرى فى يد بائعها ثمّ باع المشترى ما قبضه فلا ريب فى وقوف بيعه على إجازة البائع الأوّل ضرورة رجوع الملك بمجرّد التّلف من غير فرق بين علم المشترى و جهله و لكن فى مجمع الفائدة انّه إن كان البيع الثّانى قبل التّلف فذلك غير بعيد و إن كان أعمّ كما هو ظاهر المتون فليس بواضح قلت لعلّ ذلك لعطف التّلف على البيع بالواو فى نحو عبارة (- يع-) الّا انّ الموجود فى كثير منها كالقواعد و (- كرة-) و محكى (- ير-) و (- س-) و غيرها العطف بثمّ و هو مراد الباقين بل و ظاهرهم كما قيل و لعلّه (- كك-) اعتمادا على ظهور الحكم الخامس انه لو لم يقبض المشترى المبيع من المشترى الثّانى و تلفت العين الأخرى لم يبطل بيعه كما يستظهر من كثير من العبارات من غير خلاف فيه يعرف لاتّحاد المناط و لكن فى (- كرة-) انّه لو تلفت العين الأخرى قبل قبض المشترى بطل البيعان و كان مراده بالأخرى كما قيل هى المبيعة ثانيا لا الباقية فى يد بائعها و لكن عن (- ط-) انّه إذا اشترى من رجل عبدا بثوب و قبض العبد و لم يسلّم الثّوب فباع العبد صحّ بيعه لأنه قبضه و انتقل ضمانه إليه إذا باعه و سلّمه الى المشترى ثمّ تلف الثّبوت الّذى فى يد البائع انفسخ البيع و لزمه قيمة العبد لبائعه لأنّه لا يقدر على ردّه بعينه فهو بمنزلة المستهلك و ان باعه و لم يسلّمه حتّى تلف العبد و الثّوب جميعا فى يده بطل البيعان معا و حكى نحو ذلك عن (- كرة-) و الأجود هو ابطال البيع الثّانى (- أيضا-) نظرا الى نحو ما مرّ فى بطلان البيع الأوّل (- فت-) جيّدا السّادس انّه قال فى الجواهر لو جهل تاريخ كلّ من البيع الثّانى و التّلف اتّجه البطلان بناء على ان مقتضى تعارض الأصلين الاقتران الّذى لا ريب فى البطلان مع تحقّقه و اما إذا قلنا بعدم الاقتران و ان الأصل يقتضى عدمه أيضا فيمكن الصحّة تمسّكا بأصالتها الناشئة من إطلاقات البيع و عموماتها فتأمّل انتهى و أشار بالأمر بالتأمّل إلى أن أصالة الصّحة لا تثبت التأخر المتوقف عليه الصحة فالبناء على البطلان أوجه فتدبّر جيّدا صورة خطّ المصنّف ادام اللّه بقاءه هذا ختام الكلام فى هذا الكتاب و الحمد للّه تعالى على ان وفقنى للإتمام و الصّلوة و السّلام على محمّد خير الأنام و آله البررة الكرام و قد انتهى الحال بى إلى هنا مع تشويش الفكر و البال يوم الاثنين سادس شهر صفر سنة ألف و ثلث مائة و اربع و عشرين من الهجرة الشريفة النبويّة عليه و على آله ألف صلاة و تحيّة سنة ۱۳۲۴ و قد فرغت من تسويد هذه النسخة الشريفة (۲۱) من ذى قعدة الحرام سنة ألف و ثلثمائة و اربع و أربعين من الهجرة النبويّة حرّره احمد بن الشيخ محمّد حسين الزّنجانى

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامى عام ۱۴۲۶ الهجرى فى المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين فى الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر فى العلوم الإسلامية وتبعثرها فى أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين فى العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهى منظمة فى برامج إلكترونية وجاهزة فى مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.

وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبىّ عليهم السلام

تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ فى المسائل الدينية

تنزيل البرامج المفيدة فى الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثين والمحققين فى الحوازت العلمية والجامعات

توسيع عام لفكرة المطالعة

تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها فى ملفات الكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة

العرض العلمى البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فی مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسک kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسة وتطبيقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها علی ٨ أنظمة؛

١.JAVA

٢.ANDROID

٣.EPUB

۴.CHM

۵.PDF

۶.HTML

٧.CHM

٨.GHB

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب علی موقع القائمية ويمكن تحميلها علی الأنظمة التالية

١.ANDROID

٢.IOS

٣.WINDOWS PHONE

۴.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلی مجمع القائمية الثقافی والدينی فی أصفهان، مكاتب مراجع التقليد، مركز النور للدراسات الكمبيوترية فی العلوم الإسلامية، مؤسسة مهر للدراسات الكمبيوترية فی الحوزة العلمية بأصفهان، مركز المكتبات العامة، المتاحف ومركز الوثائق لآستان القدس الرضوی، مؤسسة تبيان الثقافية، منظمة الحج والزيارة، منشورات مسجد جمكران المقدس، منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فی تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزی

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلی، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولی.

عنوان الموقع : : www.ghaemiyeh.com

البريد الالكترونى : Info@ghaemiyeh.com

هاتف المكتب المركزى ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

هاتف المكتب فى طهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱

قسم البيع ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹شؤون المستخدمين ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹.



مركز القائمية اصفهان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
www
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاء من فضلكم
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹